

LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DEL ESTADO ANTE EL TEDH: LA ALARGADA SOMBRA DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO

STATE IMMUNITY FROM JURISDICTION BEFORE THE ECHR: THE LONG SHADOW OF CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW

Jaume Ferrer Lloret*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. EL TEDH DEFIENDE LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL ART. 6.1 BASÁNDOSE EN LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE TRATADO – NO EN VIGOR-- Y COSTUMBRE INTERNACIONAL. III. EL TEDH MANTIENE UNA POSTURA MÁS CONSERVADORA ANTE LAS LIMITACIONES QUE PRESENTA EL DI CONSUETUDINARIO EN VIGOR. IV. EL TEDH SE ENFRENTA A LOS OBSTÁCULOS QUE PRESENTA LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN PARA LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL ART. 6.1. V. A MODO DE VALORACIÓN: SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIONES DEL TEDH COMO TRIBUNAL INTERNACIONAL

RESUMEN: Durante las últimas dos décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado un conjunto de Decisiones sobre Admisibilidad y de Sentencias en las que aplica las normas de Derecho Internacional (DI) general en vigor que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, fundamentalmente a los efectos de determinar si se ha vulnerado el derecho de acceso a los tribunales (art. 6.1 del Convenio de Roma). En su jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo se esfuerza por interpretar las disposiciones del Convenio de Roma buscando un resultado que sea coherente con el resto de normas del DI que vinculan a los Estados partes, y sin que hasta la fecha su labor judicial con relación al mencionado sector de normas haya puesto en riesgo la unidad del Ordenamiento internacional. En una perspectiva más general, se debe constatar que el TEDH proyecta en su jurisprudencia una concepción consensualista del ordenamiento internacional y de sus procesos de formación de normas.

ABSTRACT: During the last two decades, the European Court of Human Rights (ECHR) has issued a set of decisions on admissibility and of judgments in which the court applies the general rules of international

Fecha de recepción del original: 29 de septiembre de 2017. Fecha de aceptación de la versión final: 21 de noviembre de 2017.

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Alicante (jaume.ferrer@ua.es). El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación coordinado, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad, «La Unión Europea ante los Estados fracasados de su vecindario: retos y respuestas desde el Derecho Internacional (II)» (DER2015-63498-C2-2-P [MINECO/FEDER]). El autor agradece las observaciones que los evaluadores llevaron a cabo sobre este trabajo.

law (IL) that regulate the foreign state immunity from jurisdiction and enforcement before the forum of the state courts, mainly for determining whether the right of access to the courts has been violated (Article 6.1 of the Rome Convention). In its jurisprudence, the Court at Strasbourg endeavours to interpret the provisions of the Rome Convention seeking a result that is consistent with the other rules of the IL that bind states parties, and to date, its judicial work in relation to the above rules has not put at risk the unity of the international legal order. More generally, it should be noted that the ECHR shows in its jurisprudence a clearly consensualist conception of international law and its norm formation processes.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho de acceso a los tribunales. Inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado. Formación y aplicación del Derecho Internacional consuetudinario. Consensualismo v. objetivismo. Unidad y fragmentación del Derecho Internacional.

KEYWORDS: *European Court of Human Rights. Right of access to the courts. State immunity from jurisdiction and enforcement. Formation and application of customary international law. Consensualism v. objectivism. Unity and fragmentation of International Law.*

I. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la interminable tarea de dar respuesta a cada una de las miles de demandas que se presentan todos los años en Estrasburgo¹, durante las últimas dos décadas el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dictado un conjunto de Decisiones sobre Admisibilidad y de Sentencias en las que no ha tenido más remedio que interpretar y aplicar las normas de Derecho Internacional (DI) general en vigor que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro. Fundamentalmente a los efectos de determinar si este último había vulnerado o no el Derecho a un proceso equitativo –más en concreto, el

¹ Se ha convertido en un tópico destacar la situación de casi colapso en la que se encuentra el TEDH, lo que en buena medida explica el más que considerable retraso que acumula este órgano jurisdiccional en la resolución de las demandas que llegan a Estrasburgo, como se demostrará en los siguientes epígrafes de este trabajo al hilo de la jurisprudencia que será objeto de análisis. Por lo que se refiere a los datos globales, a 30 de junio de 2017 se contabilizan un total de 80350 demandas presentadas ante el TEDH y pendientes de contestar, con Ucrania (18700 demandas), Turquía (12000), Hungría (10050), Rumanía (9600), Rusia (7500) e Italia (4900) en los primeros lugares por lo que se refiere al orden de prelación de Estados que más demandas acumulan; según los datos que se ofrecen en la página web del TEDH: http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=#n1347956867932_pointer. Para tratar de dar alguna respuesta ante esta preocupante situación, se han adoptado el Protocolo número 15 el 24 de junio de 2013 –con el que entre otras modificaciones se insiste en el principio de subsidiariedad y en el margen de apreciación de que disfrutaban los Estados en la aplicación del Convenio, y se reduce el plazo para presentar una demanda ante el TEDH de 6 a 4 meses desde que se agotaron los recursos internos–, y el Protocolo número 16 el 2 de octubre de 2013 –con el que se prevé que las más altas jurisdicciones de los Estados partes puedan solicitar opiniones consultivas al TEDH sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH–, sin que hasta la fecha hayan entrado en vigor, como se puede consultar en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer (todas las direcciones de internet que se citan han sido consultadas por última vez en noviembre de 2017).

derecho de acceso a los tribunales-- recogido en el art. 6.1² del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)³.

Muy en resumen, como se va a comprobar en los siguientes epígrafes de este trabajo dedicados al análisis de su jurisprudencia, según el Tribunal de Estrasburgo las restricciones que establecen los Estados partes en la CEDH a la hora de impedir que un particular pueda demandar a un Estado extranjero ante sus tribunales internos, son conformes con lo dispuesto en el citado art. 6.1 si las mismas son consecuencia de la aplicación de las normas del DI en vigor. En otros términos, para el TEDH el Estado parte respeta el CEDH si tales restricciones, que de otro modo podrían suponer la vulneración del art. 6.1, se llevan a cabo en cumplimiento del DI en vigor. El Tribunal de Estrasburgo proyecta así con toda claridad en su jurisprudencia lo dispuesto en el art. 31.3.c) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴ (CVDT), según el cual a la hora de interpretar un tratado, en este caso la CEDH, se debe tener en cuenta “toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes”; lo que le permite una interpretación dinámica y evolutiva de las disposiciones de la CEDH que se base de forma coherente e integradora en la propia evolución de las normas del DI⁵, como se insistirá en el epígrafe V de este trabajo.

De entrada y con carácter general, y sin perjuicio de la valoración más detallada y matizada de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que se ofrecerá en los siguientes epígrafes II, III y IV, y de conjunto en el epígrafe V, la postura que mantiene el TEDH puede compartirse desde la perspectiva del necesario cumplimiento de sus obligaciones internacionales por los Estados partes en el CEDH. Desde esta óptica, se debe valorar positivamente que el TEDH se esfuerce por interpretar las disposiciones del Convenio de Roma en la dirección que permita un resultado que evite a los Estados partes incurrir en responsabilidad internacional por infringir las normas del DI consuetudinario a las que están obligados ante otros Estados –partes o no en el propio

² Enunciado en este art. con el siguiente tenor literal: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. Por tanto, este art. recoge el derecho de acceso a los tribunales, que fue definido por el TEDH del siguiente modo en *Golder v. United Kingdom*, (App. 4451/70), Sentencia de 21 de febrero de 1975, párr. 36: “... that Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing...”. En la doctrina, véase KLOTH, M., *Immunities and the Right of Access to Court under Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, 2010, pp. 2-12.

³ BOE de 10 de octubre de 1979.

⁴ BOE de 13 de junio de 1980.

⁵ Véase CHRISTOFFERSEN, J., “Impact on General Principles of Treaty Interpretation”, en KAMMINGA, M.T. y SCHEININ, M. (eds.), *The Impact of Human Rights Law on General International Law*, Oxford, 2009, pp. 37-61, pp. 47-50.

CEDH-- o en su caso también ante otras organizaciones internacionales (OI)⁶, como es el caso del sector de normas del DI que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro.

Si bien, como se va a comprobar a continuación, en el desarrollo de esta jurisprudencia el TEDH se va a enfrentar a la en ocasiones muy difícil labor de interpretar y aplicar el DI en vigor, en un sector de normas regido fundamentalmente por normas consuetudinarias. En efecto, la Convención de las Naciones Unidas sobre las

⁶ Doctrina que ya había mantenido con anterioridad, si bien desde una perspectiva *funcional*, en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción de las OI ante los tribunales del Estado del foro --en relación a un contencioso en materia laboral, tras haber decidido la Agencia Espacial Europea la no renovación de los contratos laborales, a pesar de la obligación prevista al respecto en la legislación interna alemana--, en *Waite and Kennedy v. Germany* (App. 26083/94), Sentencia de la Gran Sala de 18 de febrero de 1999, y *Beer and Regan v. Germany* (App. 28934/95), Sentencia de la Gran Sala de 18 de febrero de 1999. Más en concreto, en estos dos asuntos, en los que los tribunales alemanes habían reconocido la inmunidad de jurisdicción de la Agencia Espacial Europea de conformidad con lo dispuesto en el tratado constitutivo de esta OI de 30 de mayo de 1975, el TEDH mantiene que "... bearing in mind the legitimate aim of immunities of international organisations..., the test of proportionality cannot be applied in such a way as to compel an international organisation to submit itself to national litigation in relation to employment conditions prescribed under national labour law. To read Article 6 & 1 of the Convention and its guarantee of access to court as necessarily requiring the application of national legislation in such matters would, in the Court's view, thwart the proper functioning of international organisations and run counter to the current trend towards extending and strengthening international cooperation"; se debe destacar que el TEDH tiene en cuenta que el Acuerdo constitutivo de la Agencia Espacial Europea prevé que los litigios relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan en esta organización se resuelvan ante un "Comité de Apelación": párr. 72-73, y 62-63, respectivamente. Esta tesis jurídica ha sido desarrollada y aplicada con posterioridad en otros asuntos, entre ellos, *López Cifuentes c. l'Espagne* (App. 18754/06), Decisión de Admisibilidad de 7 de julio de 2009, en la que por unanimidad se declara inadmisibile la demanda presentada contra España por haber reconocido los tribunales españoles la inmunidad de jurisdicción del Consejo Oleícola Internacional ante la demanda interpuesta contra este organismo internacional por una trabajadora a que se le incoó un expediente disciplinario. Y más recientemente en *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*, App. 65542/12, Decisión de Admisibilidad de 11 de junio de 2013, en la que por unanimidad el TEDH declara inadmisibile la demanda presentada por las víctimas de la masacre de Srebrenica contra Holanda, por haber reconocido los tribunales de este Estado la inmunidad de jurisdicción de Naciones Unidas (NU) ante la demanda civil interpuesta por aquellas contra esta última. A pesar de que en este caso el propio TEDH reconoce que, a diferencia de los dos casos resueltos en 1999, los demandantes no tienen a su disposición una vía alternativa para la solución de la controversia que les enfrenta con NU; de nuevo insistiendo en la necesidad de garantizar el cumplimiento de las funciones para las que ha sido creada esta OI, que de otro modo podría verse obstaculizado si se permitiera que cada Estado miembro de NU, a través de su ordenamiento interno y de sus propios tribunales, pudiera fiscalizar las actuaciones decididas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta: párr. 154; más en concreto, en este caso el TEDH cita la Sentencia de la CIJ de 3 de febrero de 2012, en el *Caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)* --párr. 101 de esta Sentencia de la CIJ--, para mantener que ante el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción de NU por parte de los tribunales holandeses, la inexistencia de un vía alternativa para la defensa de los derechos de las víctimas de la masacre de Srebrenica en el marco de esta OI, no supone una vulneración por parte de Holanda del art. 6.1: párr. 164-165. Sobre este tema, véase en sentido crítico con esta última decisión del TEDH, ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., "Las inmunidades de las Organizaciones internacionales: perspectiva general y española", en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Madrid, 2016, pp. 205-234, pp. 211-213 y 221 y notas que acompañan en referencia a la jurisprudencia del TEDH.

Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptada, por consenso, por la Asamblea General (AG) mediante la Resolución 59/38 de 2 de diciembre de 2004 (en adelante, Convención de 2004), todavía no ha entrado en vigor, puesto que a fecha de hoy, noviembre de 2017, sólo 21 Estados la habían ratificado, no habiéndose alcanzado, por tanto, el número de ratificaciones exigido para su entrada en vigor, un total de treinta (art. 30 de la Convención de 2004). De los 47 Estados partes en el CEDH, 14 Estados han ratificado la Convención de 2004 y 6 la han firmado⁷.

Como se va a poner de manifiesto en los siguientes epígrafes, aunque la Convención de 2004 no ha entrado en vigor, el TEDH sostiene que en virtud de las interacciones normativas propias de los procesos de formación de normas internacionales, sus disposiciones –e incluso las de su antecesor, el Proyecto de Artículos aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 1991⁸-- son expresión del DI consuetudinario en vigor; al menos con relación a los Estados que han firmado y/o ratificado este Convenio, obligados a no frustrar el objeto y el fin de este tratado antes de su entrada en vigor (art. 18 de la CVDT), e incluso también respecto de otros Estados que simplemente no se han opuesto o votado en contra de su adopción, que como se ha

⁷ En concreto, han ratificado la Convención de 2004 los siguientes Estados: Austria, República Checa, Finlandia, Francia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Noruega, Portugal, Rumanía, Eslovaquia, España, Suecia y Suiza; y la han firmado, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Islandia, Federación Rusa y Reino Unido: véase https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=III-13&chapter=3&lang=en. En el caso de España, además de haber ratificado la Convención de 2004, su compromiso con el cumplimiento de este tratado internacional todavía no en vigor, se ha materializado mediante la adopción de la *Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España*, BOE de 28 de octubre de 2015, con la que ejecuta por vía legislativa en el ordenamiento interno español las disposiciones de este convenio: objeto de comentario en la obra colectiva de MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015...*, op. cit. Para una valoración del esfuerzo del legislador español, véanse las contribuciones en la Sección de “Foro” de la REDI, vol. 68, 2016, de FERRER LLORET, J., “La Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades: ¿aporta una mayor seguridad jurídica a los operadores del derecho? Una valoración provisional”, pp. 73-84; y de GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Inmunidades, Derecho internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre inmunidades ¿juego de espejos en el callejón del gato?”, pp. 85-97.

⁸ En efecto, la Convención de 2004 ha sido adoptada tras 27 años de esfuerzo codificador, primero en el seno de la CDI (1977-1991), y después, en una segunda fase “intergubernamental”, en la AG de NU (1992—2004). Sobre el *iter* del proceso codificador, véase *Anuario CDI*, 1991, vol. II (Segunda Parte), pp. 12-13, y Proyecto de artículos con sus comentarios en pp. 13 y ss. Se califica a esta segunda fase del proceso codificador como de “intergubernamental”, ya que evidentemente se ha desarrollado en el seno de la AG y ha sido protagonizada por los representantes de los Gobiernos en la Sexta Comisión de la misma. Si bien, en 1999 la AG decidió solicitar de nuevo su opinión a la CDI sobre las cinco principales cuestiones que estaban siendo objeto de discusión en la Sexta Comisión; dado que en el Estatuto de la CDI no se prevé una “tercera lectura”, en el seno de la CDI se nombró un Grupo de Trabajo, que presentó un Informe ante la Sexta Comisión: *Anuario CDI*, 1999, vol. II, Segunda Parte, Anexo. Para un resumen de las vicisitudes seguidas en la fase “intergubernamental”, véase en la doctrina HAFNER, G. y KÖHLER, U., “The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *NYIL*, vol. XXXV, 2004, pp. 3-49; más en concreto, el primer autor, el jurista austriaco HAFNER, presidió el Grupo de Trabajo de composición abierta –después convertido en el Comité Especial-- que se creó en 1998 en el seno de la Sexta Comisión de la AG, cuya labor permitió la adopción por consenso de la Convención de 2004. Y más recientemente, YANG, X., *State Immunity in International Law*, Cambridge, 2012, pp. 441-458.

señalado se produjo por consenso; es decir, sin la oposición expresa de ninguno de los 193 Estados representados en la Asamblea General. Por esta vía, como se va a comprobar en el epígrafe II, cuando el TEDH ha considerado que contaba con una base legal –escrita– bastante firme en la que apoyarse, por lo general ha desarrollado una jurisprudencia dirigida a la efectiva aplicación del citado art. 6.1, en asuntos en los que estaba en juego el reconocimiento o no en sede judicial interna de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero relativas a los contratos de trabajo y a las transacciones mercantiles. La tesis jurídica que mantiene el TEDH es bastante clara; las restricciones a la efectiva aplicación del citado art. 6.1 vulneran esta disposición, si a su vez son contrarias a las normas del DI que regulan la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro.

Por el contrario, como se dará cuenta en el epígrafe III, en otros casos en los que se discutía el posible reconocimiento por los tribunales internos de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción por daños cometidos por las fuerzas armadas o de policía de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, o por daños cometidos por el Estado extranjero en su propio territorio, el TEDH no ha podido anclar su jurisprudencia en el proceso codificador emprendido por la CDI, ya que se trata de cuestiones finalmente no reguladas en la Convención de 2004 –al menos en el segundo caso; el primero será objeto de discusión a continuación–. Lo que explica que, también por lo general, el Tribunal de Estrasburgo haya optado por soluciones un tanto conservadoras desde la perspectiva de la efectiva aplicación de las disposiciones del CEDH, a la hora de valorar la práctica de los Estados que permita establecer la vigencia o no de tales excepciones y por ende decidir si se ha vulnerado o no el art. 6.1. En estos casos el TEDH considera que al no poder establecerse que las restricciones a la efectiva aplicación del art. 6.1 de la CEDH vulneran las normas del DI en vigor sobre la inmunidad de jurisdicción, tales restricciones se sitúan dentro del “margen de apreciación” que corresponde a los Estados partes y por tanto no contravienen las disposiciones de la CEDH.

Por su parte, el subsector de normas que regula la inmunidad de ejecución del Estado presenta una enorme complejidad, a la que no ha tenido más remedio que enfrentarse el TEDH, ante las dificultades que presenta determinar el contenido de tales normas a partir de una práctica internacional que se ha caracterizado por su heterogeneidad, su carácter fragmentario y su naturaleza evolutiva y cambiante. Por ello, en la jurisprudencia del TEDH se aprecia cierta ambigüedad e incluso indefinición sobre el carácter declarativo de algunas de las disposiciones de la Convención de 2004 que regulan las excepciones a la inmunidad de ejecución. En todo caso, el propio órgano jurisdiccional reconoce las muy limitadas posibilidades que ofrecen las disposiciones de este tratado todavía no en vigor para que un particular pueda ejecutar una sentencia ante los tribunales del Estado del foro contra bienes de un Estado extranjero, lo que desde luego supone un evidente obstáculo para la efectiva aplicación del art. 6.1 del CEDH (epígrafe IV).

El análisis de toda esta jurisprudencia permitirá, finalmente, ofrecer una valoración de conjunto de la labor del TEDH en la aplicación del DI consuetudinario que regula la

inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, siempre en relación con el cumplimiento por los Estados partes del citado art. 6.1 del CEDH. Dicho análisis pone de manifiesto, fundamentalmente y con carácter general, que como órgano jurisdiccional de naturaleza internacional especializado en la protección de los derechos humanos, pero que se ve obligado a interpretar y aplicar el DI consuetudinario en diversos ámbitos normativos del DI, el Tribunal de Estrasburgo proyecta en su jurisprudencia una concepción consensualista del ordenamiento internacional y de sus procesos de formación de normas, sin que hasta la fecha la actividad judicial del TEDH en el ámbito del mencionado sector de normas haya puesto en riesgo la unidad del DI como sistema jurídico (epígrafe V).

II. EL TEDH DEFIENDE LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL ART. 6.1 BASÁNDOSE EN LA INTERACCIÓN NORMATIVA ENTRE TRATADO –NO EN VIGOR-- Y COSTUMBRE INTERNACIONAL

1. La excepción a la inmunidad de jurisdicción por contratos de trabajo

A) La jurisprudencia anterior a la adopción de la Convención de 2004

La confrontación o tensión en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción del Estado y sus bienes, entre los intereses intergubernamentales y la protección de los derechos del individuo en materia laboral, se plantea con toda claridad ante el TEDH en *Fogarty v. The United Kingdom*⁹. Para el TEDH, en aplicación de una doctrina que mantendrá en otros dos casos decididos en las mismas fechas y que serán objeto de análisis en los siguientes epígrafes –*McElhinney* y *Al-Adsani*--¹⁰, dado que el derecho a un proceso

⁹ *Fogarty v. The United Kingdom* (App. n. 37112/97), Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001. Su origen se encuentra en una demanda por despido improcedente presentada por una nacional de este último Estado, que trabajaba en la Embajada de Estados Unidos en Londres, y más en concreto, como asesora informática de un organismo dependiente de la CIA; la demandante alegaba que había sido objeto de acoso sexual por parte del responsable del Departamento en el que trabajaba dentro de la Embajada. Tras obtener ante los tribunales del Reino Unido la condena de Estados Unidos y una indemnización de 12.000 libras esterlinas, fue contratada de nuevo por la Embajada por un período de 12 meses, finalizado el cual ya no volvió a ser contratada por dicha Embajada, a pesar de haber concurrido a varios de los concursos de contratación laboral que la representación diplomática había convocado. Por ello, volvió a presentar una nueva demanda ante los tribunales del Reino Unido, alegando que su no readmisión como trabajadora de la Embajada vulneraba la prohibición de discriminación por razón de sexo. Ante esta última demanda, Estados Unidos alegó inmunidad de jurisdicción, de conformidad con el art. 16.1.a) de la State Immunity Act 1978, en el que se lleva a cabo una remisión a los privilegios e inmunidades de las Embajadas y Consulados. Los tribunales del Reino Unido le dan la razón, al aceptar el argumento de que “each of the posts for which the applicant had applied were part of the administrative and technical staff of the Embassy, and accordingly fell within the ambit of the immunity imposed by section 16(1)(a) of the 1978 Act”.

¹⁰ Véanse FOROWICZ, M., *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights*, Oxford, 2010, pp. 291-312; TIGROUDJA, H., “La Cour Européenne de droits de l’homme et les immunités juridictionnelles d’Etats –Observations sous les arrêts *McElhinney*, *Fogarty* et *Al-Adsani* contre Royaume-Uni du 21 novembre 2001”, *RBDI*, vol. XXXIV, 2001, pp. 526-548, pp. 530 y ss.; VAN ALEBEEK, R., *The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and*

equitativo –o más en concreto, el derecho de acceso a un tribunal-- no es un derecho absoluto (como sí lo es, por ejemplo, la prohibición de tortura prevista en el art. 3 del CEDH), debe valorarse si la restricción al derecho reconocido en el art. 6.1 persigue un fin legítimo –“legitimate aim”--, y además se cumple el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar¹¹. En esta dirección, el punto de partida que sostiene el TEDH en esta materia es el siguiente:

“sovereign immunity is a concept of international law, developed out of the principle *par in parem non habet imperium*, by virtue of which one State shall not be subject to the jurisdiction of another State. The Court considers that the grant of sovereign immunity to a State in civil proceedings pursues the legitimate aim of complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State’s sovereignty”¹².

A partir de aquí, dado que constata la existencia de un “fin legítimo” –el cumplimiento del DI--, el TEDH debe decidir si una restricción al derecho de acceso a los tribunales recogido en el art. 6.1 del alcance de la reconocida por los tribunales del Reino Unido, cumple el principio de proporcionalidad con relación al fin perseguido, en este caso asegurar el cumplimiento del DI. Para ello, el TEDH recurre al ya citado art. 31.3.c) de la CVDT, ya que según el Tribunal de Estrasburgo el CEDH no puede ser interpretado “in a vacuum” y debe ser interpretado en armonía con otras obligaciones internacionales que también vinculan a los Estados partes¹³. Según el TEDH, la decisión de los Tribunales del Reino Unido confirma la tendencia que presenta la práctica de los Estados en este ámbito del Derecho de las inmunidades, aunque reconoce que se trata de una práctica un tanto heterogénea; por lo que

“It follows that measures taken by a High Contracting Party which reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of access to court as embodied in Article 6 § 1. Just as the right of access to court is an inherent part of the fair trial guarantee in that Article, so some restrictions on access must likewise be regarded as inherent, an example being those limitations generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity”¹⁴.

Más en concreto, el TEDH se detiene en el objeto de la demanda presentada contra Estados Unidos ante los tribunales del Reino Unido, para insistir en que la demanda no afecta a los derechos laborales de que disfrutó la demandante mientras trabajaba en la

International Human Rights Law, Oxford, 2008, pp. 366-408 ; YANG, X., “State immunity in the European Court of Human Rights: reaffirmations and misconceptions”, *BYIL*, vol. 74, 2003, pp. 333- 408, pp. 338 y ss.

¹¹ Párr. 33.

¹² Párr. 34.

¹³ Párr. 35: “The Convention, including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account (see, *mutatis mutandis*, the *Loizidou v. Turkey* judgment of 18 December 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-VI, § 43). The Convention should so far as possible be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity”.

¹⁴ Párr. 36.

Embajada estadounidense, sino que concierne a la presunta discriminación que sufre en las convocatorias de puestos de trabajo de dicha Embajada. Para el TEDH, las cuestiones relativas a la contratación del personal de las embajadas y consulados presentan una naturaleza “sensitive and confidential”, ya que pueden afectar a la organización de la política exterior de los Estados en el ámbito de sus misiones diplomáticas; según el Tribunal de Estrasburgo, “... *is not aware of any trend in international law towards a relaxation of the rule of State immunity as regards issues of recruitment to foreign missions*”¹⁵.

Desde esta perspectiva y, como se insistirá en el epígrafe V, en un evidente ejercicio de interacción entre el DI general y el sistema convencional de protección de los derechos humanos establecido por el CEDH, la Gran Sala, por una clarísima mayoría de 16 votos contra uno, y *después de citar el Proyecto de la CDI de 1991 como principal sostén para determinar el DI consuetudinario en vigor*¹⁶, llega a la conclusión de que en este caso no se ha vulnerado el art. 6.1 de la Convención de 1950; ya que, de conformidad con estas “circunstancias” –la aplicación del DI consuetudinario en vigor–, el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción por parte de los tribunales del Reino Unido y por ende la restricción a la aplicación del art. 6.1, no excede del margen de apreciación que corresponde a los Estados partes¹⁷.

En la única Opinión Disidente a esta Sentencia, el juez LOUCAIDES insiste en que en este asunto estaba en juego la vulneración de la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales, y que “it has not been established that there is in actual fact a rule of customary international law in support of the State immunity invoked by the respondent Government”. Más en concreto, destaca las particularidades que presenta este caso, ya que la demandante había sido objeto de acoso sexual mientras trabajaba en la Embajada de Estados Unidos, habiendo planteado anteriormente con éxito una demanda ante los tribunales del Reino Unido, sin que Estados Unidos alegara la inmunidad de jurisdicción. Por tanto, para LOUCAIDES, la decisión de los tribunales del Reino Unido por la que se impide el acceso a la justicia en un supuesto de discriminación por razón de sexo, a causa de la aplicación de la regla de la inmunidad de jurisdicción, no está claramente confirmada por la práctica de los Estados, por lo que no cumple el principio de proporcionalidad, y constituye una violación del art. 6.1 de la Convención de 1950¹⁸.

¹⁵ Párr. 38 (cursiva añadida).

¹⁶ Párr. 38: “In this respect, the Court notes that it appears clearly from the materials referred to above... that the International Law Commission did not intend to exclude the application of State immunity where the subject of proceedings was recruitment, including recruitment to a diplomatic mission”: El TEDH se refiere al art. 11 del Proyecto de Artículos de 1991: *Anuario CDI*, 1991, vol. II (Segunda Parte), pp. 44-47.

¹⁷ Párr. 39.

¹⁸ En apoyo de esta conclusión alega los siguientes argumentos: “a) the blanket nature of the immunity...; b) the absence of an established international rule supporting the immunity; c) the fact that the claim of the applicant was in the nature of an allegation of a violation of a human right; and d) the fact that there was no alternative means of redress in respect of the applicant’s complaint”.

A pesar de los esfuerzos que se llevan a cabo para sostener la línea argumental que se defiende en esta Opinión Disidente, a la luz de las soluciones que ofrece el art. 11 del Proyecto de la CDI de 1991 y que posteriormente, con pocas modificaciones, acoge su homólogo de la Convención de 2004¹⁹, la decisión del TEDH en este asunto resulta conforme con el DI en vigor; al menos, si se considera que el art. 11.2.c) constituye la expresión del DI consuetudinario vigente, como así mantiene el Tribunal de Estrasburgo. Se debe reconocer que en las últimas décadas la práctica en este sector de normas no ha sido, ni mucho menos, general, constante y uniforme y duradera²⁰. Pero tras la aprobación del Proyecto de la CDI en 1991 y, sobre todo, tras la adopción, *por consenso*, de la Convención de 2004, se presentan muchas menos dudas sobre el alcance de la inmunidad de jurisdicción en los litigios relativos a contratos laborales de trabajadores por cuenta de un Estado extranjero. Como se comprobará en el siguiente subepígrafe, de conformidad con esta normativa las excepciones a la inmunidad de jurisdicción en el ámbito laboral se basan en la existencia de un contrato laboral entre el Estado y el particular; y no alcanzan a las vicisitudes que se presentan en el período previo a la celebración de dicho contrato.

B) La jurisprudencia posterior a la adopción de la Convención de 2004

Como se pone de manifiesto en este epígrafe y en los siguientes, durante la última década el TEDH mantiene en este sector de normas una jurisprudencia muy permeable a la recepción del DI²¹, que además determina a partir de las interacciones normativas

¹⁹ El texto del art. 11 de la Convención de 2004 es el siguiente: “Contratos de trabajo 1. Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado. 2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica: a) si el trabajador ha sido contratado para desempeñar funciones especiales en el ejercicio del poder público; b) si el empleado es: i) un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; iii) un miembro del personal diplomático de las misiones permanentes ante las organizaciones internacionales, de las misiones especiales, o que haya sido designado para representar al Estado en conferencias internacionales; o iv) cualquier otra persona que goce de inmunidad diplomática; c) si el objeto del proceso es la contratación, la renovación del contrato de trabajo o la reposición de una persona natural; d) si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado; e) el empleado fuese un nacional del Estado empleador en el momento en que se entabló el procedimiento, a menos que esta persona tenga su residencia permanente en el Estado del foro; o f) si el Estado empleador y el trabajador han convenido otra cosa por escrito, salvo que por motivos de orden público los tribunales del Estado del foro tengan conferida jurisdicción exclusiva por razón de la materia objeto del proceso”.

²⁰ En 2003 YANG, X., “State immunity...”, *loc. cit.*, p. 404, afirmaba lo siguiente: “Thus it is impossible to make any generalizations out of the current State practice, much less to distil any uniform rules”. Véase también del mismo autor, YANG, X., *State Immunity...*, *op. cit.*, pp. 132-198.

²¹ También se puede citar jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la que se aplica el DI general en este sector de normas; en concreto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de julio de 2012, C-154711, *Ahmed Mahamdia y República Argelina Democrática y Popular*, apartados 53 a 57, en la que el TJ niega la inmunidad de jurisdicción en favor de Argelia en un litigio relativo a un contrato de trabajo formalizado entre un particular y la Embajada de este Estado en Alemania, para la realización de tareas de chófer y de intérprete; después de basarse en la distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*,

entre el DI convencional –no en vigor– y el DI consuetudinario. Como se acaba de comprobar, de conformidad con la línea argumental presentada en *Fogarty*, en su jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo tiene en cuenta, en aplicación del art. 31.3c) de la CVDI, las normas internacionales en vigor entre las partes para interpretar las disposiciones de la CEDH, a los efectos de valorar si las restricciones al art. 6.1 cumplen un fin legítimo y, además, existe una relación de proporcionalidad entre las medidas aplicadas y el fin perseguido. En esta dirección, en el ámbito de las inmunidades jurisdiccionales del Estado, el TEDH viene aplicando algunas de las disposiciones de la Convención de 2004 como expresión del DI consuetudinario en vigor. En concreto su ya citado art. 11 --en el que se regula una excepción a la inmunidad de jurisdicción referida a los procesos relativos a contratos de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio del Estado del foro--, para establecer si un Estado parte en el CEDH infringe o no el art. 6.1 --en el que se regula el derecho al acceso a los tribunales--, al reconocer sus tribunales la inmunidad de jurisdicción a un Estado extranjero frente a una demanda relativa a un contrato de trabajo.

A este respecto, cabe citar varias Sentencias del TEDH dictadas durante la última década, todas ellas relativas a demandas laborales presentadas contra las representaciones diplomáticas de Estados extranjeros, que han sido rechazadas por los tribunales internos al aceptar su inmunidad de jurisdicción; en las que el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que de conformidad con el art. 11 de la Convención de 2004, se ha vulnerado el art. 6.1 del CEDH, ya que los tribunales internos no han aplicado la excepción a la inmunidad de jurisdicción que en aquel precepto se contempla. Según el TEDH,

“..., it is a well-established principle of international law that, even if a State has not ratified a treaty, it may be bound by one of its provisions in so far as that provision reflects customary international law, either ‘codifying’ it or forming a new customary rule (see the *North Sea Continental Shelf cases*, ICJ Reports 1969, p. 41, & 71). Moreover, there were no particular objections by States to the wording of Article 11 of the International Law Commission’s Draft Articles, at least not by the respondent State. As to the 2004 Convention, Lithuania has admittedly not ratified it but did not vote against its adoption either... Consequently, it is possible to affirm that Article 11 of the International Law Commission’s 1991 Draft Articles, on which the 2004 Convention was based, applies to the respondent State under customary international law”²².

advierte que este caso se debe encuadrar en el segundo supuesto si “... las funciones ejercidas por ese trabajador no forman parte del ejercicio del poder público o cuando la acción judicial no pueda interferir en los intereses del Estado en materia de seguridad”. En la doctrina, véase MALENOVSKÝ J., “The Judge and International Custom: Perspective of the European Union and its Court of Justice”, en LIJZAAD, L. (ed.), *The Judge and International Custom*, Leiden-Boston, 2016, pp. 46-72, pp. 55-56.

²² Véanse *Cudak v. Lithuania* (App. 15869/02), Sentencia de la Gran Sala de 23 de marzo de 2010, párr. 66-67; *Sabeh el Leil v. France* (App. 34869/05), Sentencia de la Gran Sala de 29 de junio de 2011, párr. 55-56; *Wallishauser v. Austria* (App. 156/04), Sentencia de 17 de julio de 2012, párr. 69-71, en referencia tanto al art. 11 como al art. 22 de la Convención de 2004; *Radunovic and Others v. Montenegro* (App. 45197/13, 53000/13 y 73404/13), Sentencia de 25 de octubre de 2016, párr. 69 y 73; *Naku v. Lithuania and Sweden* (App. 26126/07), Sentencia de 8 de noviembre de 2016, párr. 89. En la doctrina, véanse BONET PÉREZ, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la relación laboral al servicio de oficinas diplomáticas”, en AAVV, *Entre*

En este sentido, el TEDH sostiene el carácter declarativo del art. 11 de la Convención de 2004 –y también de su predecesor y homólogo art. 11 del Proyecto de la CDI de 1991²³--, como expresión de una norma consuetudinaria en vigor que vincula a todos los Estados partes en el CEDH, *que no han votado en contra de su adopción en el seno de la AG, ni se han opuesto a la formación de esta norma a lo largo del desarrollo del proceso codificador*. Por tanto, dado que la Convención de 2004 se adoptó por consenso, con esta jurisprudencia el TEDH afirma que las disposiciones de este tratado –al menos su art. 11-- son normas consuetudinarias que vinculan a los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, salvo que alguno de ellos pueda demostrar su posición de “objector persistente” respecto de este proceso de formación de normas. Supuesto este último que hasta ahora no se ha dado en ninguno de los casos planteados ante el tribunal de Estrasburgo y que es poco probable que se verifique en el futuro si se tiene en cuenta, conviene insistir en ello, la adopción por consenso de este tratado internacional.

De hecho, en la última Sentencia dictada relativa a este sector de normas, el 8 de noviembre de 2016, en *Naku v. Lithuania and Sweden*, el TEDH dedica muy pocas líneas a demostrar la vigencia de la Convención de 2004 como expresión escrita del DI consuetudinario que vincula en este caso a Lituania; recuerda su anterior jurisprudencia y se limita a señalar lo siguiente: “Lithuania did not vote against the adoption of that text but has not ratified it either (see Cudak, cited above, & 31)”²⁴.

En el epígrafe V de este trabajo se ofrecerá una valoración de conjunto de esta jurisprudencia. Si bien ahora se puede apuntar que han surgido voces críticas en el seno del propio TEDH. En su Opinión Concorrente a este último caso citado, el juez MOTOC critica que el TEDH no justifica debidamente su argumentación y en esta dirección considera que está llevando a cabo una aproximación “eurocéntrica” al DI general en vigor, desde la óptica de un tribunal regional dedicado a la protección de los derechos humanos, que muy probablemente no es compartida por todos los Estados y OI²⁵. En efecto, en su jurisprudencia el TEDH mantiene el carácter declarativo del art.

Bruselas y La Haya: estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado: "liber amicorum" Alegría Borrás, Madrid, 2013, pp. 225-239; GARRIDO MUÑOZ, A., “Un paso moderado, aunque necesario y técnicamente novedoso, en materia de inmunidad de jurisdicción del Estado: comentario a la Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2010 en el asunto *Cudak c. Lituania*”, *RGDE*, vol. 21, 2010, pp. 1-15; KLOTH, M., *Immunities...*, *op. cit.*, pp. 41-52; MULLALLY, S. y MURPHY, C., “Double Jeopardy: Domestic Workers in Diplomatic Households and Jurisdictional Immunities”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 64, 2016, pp. 677-719, pp. 699-707; NIGRO, R., “Immunità degli Stati esteri e diritto di accesso al giudice: un nuovo approccio nel Diritto Internazionale?”, *Rivista*, vol. XCVI, 2013, pp. 812-846, pp. 830-843.

²³ Y con ello el TEDH evita entrar a valorar la posible “aplicación retroactiva” de los efectos jurídicos en el terreno del DI consuetudinario de un tratado internacional todavía no en vigor, la Convención de 2004, respecto de hechos que sucedieron con anterioridad a su adopción, como así ocurre en alguno de los casos citados.

²⁴ Párr. 60.

²⁵ “In this light, it is also argued that if the ECtHR had decided to take account of the international norms, it would also have been useful to examine the origin, quality and reliability of the customary norms in question. The growing interference by the Strasbourg Court in the regulation of employment disputes had been criticized because it determines the application of international rules of State immunity from a

11 –también del art. 22-- de la Convención de 2004, sin desarrollar un estudio de la práctica internacional (legislativa y judicial interna...) que le permita llegar a esta conclusión²⁶.

En este orden de cosas, se debe destacar también que el art. 11 de la Convención de 2004 ofrece una relación, exhaustiva, de las excepciones aplicables a la regla general según la cual el Estado extranjero no disfruta de inmunidad de jurisdicción en los litigios ante los tribunales del Estado del foro relativos a contratos de trabajo. Dado que se trata de una lista de excepciones a una norma general, en su jurisprudencia el TEDH lleva a cabo una interpretación estricta de las mismas, en última instancia en beneficio de una aplicación efectiva del art. 6.1 del CEDH que permita a los particulares obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos laborales. En este sentido, *el TEDH mantiene que corresponde al Estado demandado la carga de la prueba* sobre la existencia de alguna de las excepciones previstas en el citado art. 11; en particular la contemplada en el apartado 11.2.a) referida al desempeño de “funciones especiales en el ejercicio del poder público”, que suele ser alegada en todos los casos por el Estado demandado para tratar de justificar la no aplicación del art. 6.1²⁷. De modo que si el Estado demandado no demuestra la existencia de alguna de las excepciones recogidas en el citado art. 11, el TEDH llega a la conclusión de que se ha vulnerado el art. 6.1. Como mantuvo la Gran Sala en *Cudak*²⁸ y será reiterado en la jurisprudencia posterior, en los ya citados *Sabeh el Leil*²⁹, *Wallishauser*³⁰, *Radunovic and Others*³¹ y *Naku*³².

regional perspective, which approach is not necessarily accepted elsewhere. These criticisms relate not only to courts which take little account of the merits of the internal procedures of alternative dispute resolution, but also to the lack of recognition of the flexibility of the contract as a way to fairly distribute the contradictory interests of all parties... The approach to general international law adopted by the European Court of Human Rights through its adherence to Article 11 of the UNCSI (and Article 11 of the Draft Articles of the ILC) has resulted in the emergence of a European Court of Human rights approach, separate from the one governing employment disputes which involve States and international organisations”.

²⁶ Véanse BONET PÉREZ, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado...”, *loc. cit.*, pp. 236-238; GARNETT, R., “State and Diplomatic Immunity and Employment Rights: European Law to the Rescue?”, *ICLQ*, vol. 64, 2015, pp. 783-827, pp. 794-796; NIGRO, R., “Immunità degli Stati...”, *loc. cit.*, pp. 833-841: quienes, entre otras críticas al enfoque aplicado por el TEDH, destacan que durante las últimas décadas no está nada claro que en este sector de normas la práctica haya sido general, uniforme y constante y duradera; y por tanto se puede dudar del carácter declarativo de las disposiciones de la Convención de 2004; y que en todo caso, como ya se ha insistido, el Tribunal de Estrasburgo no se preocupa de apoyar la conclusión a la que llega con el debido estudio de la práctica.

²⁷ Y que fue uno de los temas más discutidos a lo largo del proceso codificador que dio como resultado la Convención de 2004: véase GARNETT, R., “State and Diplomatic Immunity...”, *loc. cit.*, pp. 791-796 y 806-808, para el análisis de la jurisprudencia del TEDH.

²⁸ “The Court further notes that the applicant was not covered by any of the exceptions enumerated in Article 11 of the International Law Commission's Draft Articles: she did not perform any particular functions closely related to the exercise of governmental authority. In addition, she was not a diplomatic agent or consular officer, nor was she a national of the employer State. Lastly, the subject matter of the dispute was linked to the applicant's dismissal... The Court observes in particular that the applicant was a switchboard operator at the Polish Embassy whose main duties were: recording international conversations, typing, sending and receiving faxes, photocopying documents, providing information and assisting with the organization of certain events. *Neither the Lithuanian Supreme Court nor the respondent Government have shown how these duties could objectively have been related to the sovereign interests of the Polish Government...*”: párr. 69-70 (cursiva añadida). En este caso el TEDH decide que

Lituania debe indemnizar con un total de 10000 euros por el daño pecuniario y no pecuniario causado a una nacional lituana que trabajaba en la Embajada de Polonia en Vilna como secretaria y telefonista, que fue objeto de acoso sexual por uno de los miembros del staff diplomático de la Embajada y que tras denunciarlo le fue impedido el acceso a la Embajada y finalmente fue despedida. Tras presentar una demanda por despido improcedente ante los tribunales lituanos, el TS de Lituania en Sentencia de 25 de junio de 2001 (se debe destacar que la demanda ante el TEDH se presenta en 2002 y que la Sentencia ¡se dicta ocho años después!, en 2010), la declara inadmisibile al considerar que Polonia tiene derecho a alegar su inmunidad de jurisdicción, al tratarse de una actuación, la protagonizada por las autoridades polacas al despedir a la demandante, que se puede situar dentro de los *acta jure imperii*, y no de los *acta jure gestionis*.

²⁹ Párr. 60-67. En este asunto un nacional francés que trabajaba como contable en la Embajada de Kuwait en París desde 1980 fue despedido en 2000; presentada una demanda por despido improcedente, fue rechazada por los tribunales franceses al aceptar la inmunidad de jurisdicción de Kuwait, teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador en la Embajada. Tras la demanda presentada en 2005, en su Sentencia de 29 de junio de 2011 (¡seis años después!), el TEDH condena a Francia al pago de 60000 euros por el daño pecuniario causado, además de 16768 euros por las costas y gastos del proceso.

³⁰ Párr. 71. En este caso el TEDH condena a Austria al pago de 12000 euros por el daño no pecuniario y a 15000 euros por las costas y gastos, al considerar que la decisión de los tribunales austriacos de no continuar el procedimiento laboral presentado por la demandante (quien trabajaba como fotógrafa para la Embajada de Estados Unidos en Viena), tras una citación infructuosa dirigida a las autoridades estadounidenses con el fin de que comparecieran en el procedimiento laboral entablado con el objetivo de obtener el pago de los salarios debidos a la demandante; y la negativa de los tribunales austriacos a juzgar en ausencia a Estados Unidos a estos efectos; constituye una vulneración del art. 6.1 del CEDH, teniendo en cuenta la vigencia como DI consuetudinario de los arts. 11 y 22 de la Convención de 2004 (la demanda se presenta en Estrasburgo en 2004 y la Sentencia se dicta en 2012, ¡8 años después!).

³¹ Párr. 74—77. En este caso (en el que la respuesta del TEDH se fecha “solo” tres años después de presentadas las demandas) tres nacionales montenegrinos que trabajaban en la Embajada de Estados Unidos en este Estado balcánico, dos como guardias de seguridad y el tercero como intérprete y especialista de protocolo, demandan a Montenegro porque sus tribunales han reconocido la inmunidad de jurisdicción de Estados Unidos ante las demandas presentadas por despido improcedente por los tres particulares. El TEDH condena a Montenegro al pago de 3600, 19000 y 22000 euros por el daño pecuniario y el no pecuniario causado a cada uno de los tres demandantes, respectivamente, así como el pago de 6051 euros al primer demandante y de 3572 al segundo y tercer demandante en concepto de costas.

³² Se puede citar la argumentación que mantiene el TEDH en este último caso, que ilustra con toda claridad sobre el razonamiento seguido en su jurisprudencia: “The Court observes that the applicant, who was recruited in March 1992 by the Swedish embassy, initially performed secretarial duties. Later on, she was promoted to culture, information and press officer. On the basis of the applicant’s job description in the contract of 2001, as well as in her job descriptions of March and November 2005, the Court is ready to accept that the applicant worked on culture and information matters, thus being involved in the embassy’s activities in this field. Nevertheless, the Court would note that in accordance with her job description she was to act “in consultation”, or “in cooperation with and under the guidance” of Swedish diplomatic staff (see paragraphs 9, 15 and 20 above). This fact was also corroborated by the statement of the applicant’s former Swedish colleague at the embassy (see paragraph 10 above). The Court further observes that the applicant was the head of a trade union for locally employed staff at the Swedish embassy in Vilnius. Nonetheless, *neither the Lithuanian courts nor the Lithuanian Government have shown how the latter duties could objectively have been linked to the sovereign interests of the Kingdom of Sweden...*” (cursiva añadida): párr. 93. Por ello, el TEDH sentencia (¡nueve años después de presentada la demanda!) que al reconocer los tribunales lituanos la inmunidad de jurisdicción de Suecia ante la demanda por despido improcedente presentada por esta trabajadora de la Embajada de Suecia en Vilna, Lituania ha vulnerado el art. 6.1 de la CEDH, por lo que debe indemnizarla con 8000 euros por el daño no pecuniario, además de pagarle 17000 euros por costas y gastos.

Por todo ello y como se volverá a insistir en el epígrafe V de este trabajo, con esta jurisprudencia el TEDH está ofreciendo su particular –o más bien regional-- contribución para corregir o matizar, en alguna medida, los caracteres de voluntarismo y relativismo que impregnan a un ordenamiento esencialmente descentralizado y débilmente institucionalizado, como es el Ordenamiento internacional contemporáneo.

2. La excepción a la inmunidad de jurisdicción por transacciones mercantiles

Con la misma línea argumental que acaba de ser comentada y con el fundamental apoyo, conviene insistir en ello, que proporciona la adopción, por consenso, de la Convención de 2004 y la aprobación de su predecesor, el Proyecto de 1991, en *Oleynikov v. Russia*³³ el TEDH ha tenido que decidir si el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción por parte de los tribunales de la Federación Rusa ante una demanda civil interpuesta por un particular contra Corea del Norte por el impago de un préstamo concedido a la representación comercial dependiente de la Embajada del Estado asiático en Moscú (“The DPRK Trade Counsellor”), vulnera el art. 6.1 de la CEDH.

En este caso el TEDH también tiene en cuenta en su razonamiento lo dispuesto en el Acuerdo celebrado entre la Federación Rusa y Corea del Norte sobre el “Legal Status” de sus respectivas representaciones comerciales, en cuyo Anexo, art. 4, se preceptúa la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro –y por ende se excluye la inmunidad de jurisdicción-- en el supuesto de “foreign trade transactions”, en ausencia de un acuerdo arbitral u otro acuerdo que prevea la jurisdicción de otros tribunales distintos de los tribunales del Estado del foro³⁴.

Pero sobre todo, el Tribunal de Estrasburgo se basa en la Convención de 2004, en sus arts. 2 y 10 –y sus homólogos del Proyecto de 1991--, en los que se define “transacción comercial” y se excluye la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, en un caso como este referido al impago de un préstamo por parte de la representación comercial de Corea del Norte³⁵. A partir de aquí el TEDH cita su jurisprudencia anterior, y en particular se detiene en el hecho de que aunque la Federación Rusa no ha ratificado la Convención de 2004, cuando se adoptó la misma por la AG en 2004 no se opuso, y además la firmó el 1 de diciembre de 2006, por lo que

“As the Court has found in previous cases, the International Law Commission’s 1991 Draft Articles, as now enshrined in the 2004 Convention, apply under customary international law, even if the State in question has not ratified that convention, provided it has not opposed it either”³⁶.

³³ App. 36703/04, Sentencia de 14 de marzo de 2013.

³⁴ Párr. 37.

³⁵ Más en concreto, según el art. 2.1.c)ii) de la Convención de 2004 se entiende por “transacción mercantil”, “todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción”. Y en el art. 10 se excluye la inmunidad de jurisdicción en procesos relativos a “transacciones mercantiles”.

³⁶ Párr. 66.

Se debe señalar a este respecto, que la demanda se presenta ante el TEDH el 2 de septiembre de 2004 (y la Sentencia se dicta el 14 de marzo de 2013, ¡ochos años y medio después!), tres meses antes de la adopción de la Convención de 2004 por la AG; y como es obvio es relativa a hechos que han ocurrido con anterioridad; en concreto el préstamo en cuestión se concedió en 1997. Con buen criterio el Tribunal de Estrasburgo, como apoyo fundamental para determinar el DI en vigor en el momento de suceder los hechos y así evitar los problemas que pudiera plantear la “aplicación retroactiva” de Convenios todavía no en vigor declarativos de normas de DI consuetudinario, se apoya en el Proyecto de 1991, para así tener una base escrita que le permite afirmar la existencia de normas de DI consuetudinario, a partir de las disposiciones aprobadas por la CDI; que además con posterioridad se han visto confirmadas con la adopción, por consenso, de la Convención de 2004.

Con estos cimientos, después de dedicar un par de párrafos a demostrar que la tesis relativa de la inmunidad de jurisdicción había sido asumida durante las dos últimas décadas en la práctica legislativa y judicial de la Federación Rusa³⁷, y que además los tribunales rusos no se habían preocupado de aplicar el mencionado art. 4 del Anexo del Acuerdo entre ambos Estados³⁸; el TEDH llega a la conclusión de que al rechazar la demanda no obstante lo dispuesto en el DI en vigor, la actuación de los tribunales rusos no ha respetado el principio de proporcionalidad entre el fin perseguido y los medios utilizados; por lo que la Federación Rusa ha vulnerado el art. 6.1 de la CEDH³⁹.

Esta línea de razonamiento supone, como ya se ha señalado, que el TEDH interpreta el contenido del art. 6.1 de la CEDH en el sentido de que los Estados partes no pueden establecer restricciones a la aplicación del derecho de acceso a los tribunales que conlleven el incumplimiento de las obligaciones internacionales que les vinculan, en este caso las relativas a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero. Desde luego, se trata de una línea argumental que difícilmente se puede discutir, ya que el TEDH fundamenta su Sentencia en las obligaciones internacionales voluntariamente aceptadas por los Estados partes, o al menos no expresamente objetadas, como ya se ha destacado en el anterior subepígrafe.

Por el contrario, cuando a juicio del TEDH se puede establecer que las restricciones a la aplicación del art. 6.1 de la CEDH se basan en el cumplimiento de obligaciones internacionales que regulan inmunidad de jurisdicción, o al menos se presentan muchas más dudas sobre su posible incumplimiento, dada la indeterminación jurídica que puede afectar a algunos ámbitos de este sector de normas del DI que no han sido regulados por escrito en el contexto del proceso codificador que ha desembocado con la adopción de la Convención de 2004; en esos casos tales restricciones se sitúan dentro del “margen de

³⁷ Párr. 67-68

³⁸ Párr. 70.

³⁹ Párr. 71-73. Conviene añadir que el TEDH, como reparación del perjuicio sufrido por la vulneración del art. 6.1, considera que es suficiente que la Federación Rusa permita que se reabra el procedimiento judicial ante los tribunales rusos, y rechaza la indemnización de 13 millones de dólares solicitada por el demandante; además, dado que el demandante no lo había solicitado [sic], no condena a la Federación Rusa al pago de las costas y gastos: párr. 79-82.

apreciación” que corresponde a cada Estado parte en la CEDH y, por tanto, son conformes con lo dispuesto en el citado art. 6.1, como se puede comprobar en el siguiente epígrafe.

III. EL TEDH MANTIENE UNA POSTURA MÁS CONSERVADORA ANTE LAS LIMITACIONES QUE PRESENTA EL DI CONSUECUDINARIO EN VIGOR

1. Daños cometidos en el territorio del Estado del foro

En *McElhinney v. Ireland*, decidido mediante Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001⁴⁰, el TEDH sostiene que es conforme con el art. 6.1, que los tribunales de Irlanda reconozcan la inmunidad de jurisdicción a favor del Reino Unido ante una demanda civil, en la que estaba en juego la responsabilidad extracontractual por los daños físicos y psicológicos sufridos en un incidente fronterizo por un nacional irlandés –policía guarda de fronteras fuera de servicio-- y *en territorio de Irlanda*, a manos de las fuerzas armadas británicas⁴¹. El TEDH desarrolla un iter argumental muy similar al estructurado en el citado *Fogarty v. United Kingdom* decidido en aquellas mismas fechas, y por ello mantiene el mismo pilar en el que basa la solución de este caso⁴²; es decir, no cabe apreciar la vulneración del art. 6.1 de la CEDH si las restricciones a la aplicación de este precepto son consecuencia del cumplimiento de las normas del DI “...,generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity”⁴³.

Desde esta perspectiva, para el TEDH, aunque, a la vista de las Legislaciones internas que se han promulgado en algunos Estados (Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, Australia), y también del art. 12 del Proyecto de 1991⁴⁴ y del art. 11 de la Convención

⁴⁰ *McElhinney v. Ireland* (App. 31253/96), Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001.

⁴¹ Sentencia del TS de Irlanda de 15 de diciembre de 1995, en el asunto *J. McElhinney v. A.I.J. Williams and Her Majesty's Secretary of State for Northern Ireland*.

⁴² Después de insistir, siguiendo casi al pie de la letra la argumentación defendida en el ya comentado *Fogarty v. The United Kingdom*, en la importancia que presenta la inmunidad de jurisdicción como corolario del principio de igualdad soberana, por lo que su aplicación por los tribunales internos de un Estado parte en el CEDH en el marco de un proceso civil, está dirigida al legítimo fin del cumplimiento del DI y a promover las relaciones de cooperación entre los Estados; y también después de destacar que la interpretación de la CEDH se debe llevar a cabo de conformidad con el art. 31.3.c) del CVDT: “The Convention, including Article 6, cannot be interpreted in a vacuum. The Court must be mindful of the Convention’s special character as a human rights treaty, and it must also take the relevant rules of international law into account”: párr. 34-36, cita en párr. 36.

⁴³ Párr. 12-13.

⁴⁴ El tenor literal de este precepto, titulado “lesiones a las personas y daños a los bienes”, es el siguiente: “salvo que los Estados interesados convengan en otra cosa, ningún Estado podrá invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes corporales, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente *en el territorio de ese otro Estado* y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión” (cursiva añadida).

de Basilea⁴⁵, se aprecia el desarrollo de una tendencia en el DI dirigida a limitar la inmunidad de jurisdicción en el caso de lesiones causadas por un acto o una omisión *en el territorio del Estado del foro*, “this practice is by no means universal”⁴⁶. Además, el TEDH destaca que según el Proyecto de 1991, la mayoría de los casos en los que sería de aplicación esta excepción están referidos a accidentes de tráfico,

“... rather than matters relating to the core area of State sovereignty such as the acts of a soldier on foreign territory which, of their very nature, may involve sensitive issues affecting diplomatic relations between States and national security. Certainly, it cannot be said that Ireland is alone in holding that immunity attaches to suits in respect of such torts committed by *acta jure imperii* or that, in affording this immunity, Ireland falls outside any currently accepted international standards. The Court agrees with the Supreme Court in the present case... that it is not possible, given the present state of the development of international law, to conclude that Irish law conflicts with its general principles”⁴⁷.

⁴⁵ Cuyo tenor literal es el siguiente: “Un Estado contratante no puede invocar la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado contratante cuando el procedimiento se refiera a la reparación de un perjuicio corporal o material resultante de un hecho acaecido *en el territorio del Estado del foro*, siempre que el autor de dicho daño hubiera estado allí presente en el momento en que acaeció el hecho” (cursiva añadida). El TEDH también cita el art. 31 de este convenio, según el cual “ninguna disposición del presente Convenio impedirá los privilegios e inmunidades de que goza un Estado contratante en lo que concierne a los actos u omisiones de sus fuerzas armadas o en relación con ellas, cuando éstas se encuentran en el territorio de otro Estado contratante”, pero sin pronunciarse sobre su alcance, ni sobre su aplicación en el presente caso. Además, conviene advertir que el Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972 y en vigor desde el 11 de junio de 1976, ha sido ratificado por sólo ocho Estados (Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Luxemburgo, Países bajos, Suiza y Reino Unido) y firmado por otro (Portugal), como se puede comprobar en <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/074>. En su jurisprudencia de las últimas dos décadas el TEDH también suele citar este convenio (aunque en alguno de los casos más recientes prescinde de toda referencia a este tratado, como en el ya citado *Radunovic and others v. Montenegro*), dado que como es obvio se trata de un instrumento convencional de ámbito regional europeo del que son partes algunos —ocho— de los 47 Estados partes en el CEDH. Pero se trata de un convenio adoptado en 1972, cuyas soluciones normativas al menos en parte se encuentran desfasadas y no ha sido seguidas ni mucho menos al 100% por la práctica de los propios Estados europeos y más en general en el ámbito universal por la Convención de 2004. En resumen, según la valoración de FOX, H., *The Law of State Immunity*, Oxford, 2004, p. 94, “Its failure to be ratified by a greater number is due to its complexity, its requirement that the specified activities which enjoy no immunity be closely linked to the forum State, and its cautious optional regime for execution of judgments”; y pp. 94-100 para el análisis de este tratado. Se debe destacar a este respecto, que no obstante la cita en algunos casos de las disposiciones de la Convención de Basilea, el TEDH, dentro de la economía de medios que suele presidir su jurisprudencia, obvia por completo el debate sobre la posible modificación o incluso derogación de parte de sus disposiciones por normas consuetudinarias creadas gracias a la práctica posterior de sus Estados partes, incluida su participación en el proceso codificador que culmina con la adopción de la Convención de 2004. A este respecto, por ejemplo, se puede comprobar el muy distinto tenor literal que presentan los arts. 5 de la Convención de Basilea y 11 de la Convención de 2004, en los que se regula la excepción a la inmunidad de jurisdicción en el caso de demandas relativas a contratos laborales. El texto de la Convención de Basilea traducido al español, puede ser consultado en ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M.P., “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”, en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 1994, pp. 91-223, pp. 160 y ss.

⁴⁶ Párr. 38.

⁴⁷ Párrafo 38. Además, el TEDH destaca que en este caso el particular tiene abierta la vía de los tribunales del Reino Unido, ante los cuales puede ejercer una demanda civil contra el Secretario de Defensa: párr. 39. En su Opinión Disidente, el juez LOUCAIDES, insiste en que la demanda presentada ante el TEDH

En conclusión, para el TEDH, por 12 votos contra cinco, la decisión de los tribunales de Irlanda según la cual se concede la inmunidad de jurisdicción al Reino Unido, no excede del margen de apreciación de que disponen los Estados partes para limitar el acceso de los particulares a sus tribunales; no se ha vulnerado el art. 6.1⁴⁸. Por tanto, en este caso, decidido en 2001, el TEDH se muestra reacio a la hora de atribuir valor normativo a las disposiciones del Proyecto de 1991, como expresión del DI consuetudinario en vigor. Dada la a su juicio falta de generalidad y uniformidad de la práctica internacional sobre este tema, no se atreve a afirmar que al proponer esta disposición la CDI se limite a codificar el DI en vigor. En este caso el Tribunal de Estrasburgo pone en evidencia que en la labor de la CDI se entremezclan la codificación y el desarrollo progresivo del DI, en el marco del procedimiento único que viene aplicando el órgano codificador, a pesar de que en su Estatuto se prevén dos procedimientos distintos para una y otro: según el TEDH la propuesta de la CDI al menos en parte se sitúa en el terreno del desarrollo progresivo del DI. Desarrollo progresivo que en la fecha en la que se dictan las Sentencias de los tribunales irlandeses, en opinión del TEDH todavía no ha sido seguido por la práctica internacional, de forma general, constante y uniforme y duradera; por lo que el art. 12 del Proyecto de 1991 no es de aplicación en este caso, en el que están en juego *acta jure imperii*.

Por el contrario, en la Opinión Disidente de los Jueces CAFLISCH, CABRAL BARRETO y VAJIC, se destaca la tendencia que se aprecia en la práctica internacional, confirmada sobre todo por el art. 11 de la Convención de Basilea y más recientemente por el art. 12 del Proyecto de la CDI de 1991 y los comentarios que acompañan a esta disposición, según la cual no cabe alegar inmunidad por los daños a la persona causados por los agentes de un Estado extranjero en el territorio del Estado del foro, sin que según la CDI se deba mantener la distinción entre actos *jus gestionis* y actos *jus imperii*, a los efectos de la aplicación de este precepto. Además, señalan que el Proyecto de Artículos fue debatido en la Sexta Comisión en 1992 y 1993, sin que el art. 12 fuera objeto de crítica, y que posteriormente el Grupo de Trabajo de la CDI mantuvo esta misma disposición en su citado Informe de 1999. Por todo ello, consideran que esta disposición es expresión del DI en vigor⁴⁹. Para este grupo de Jueces, en este caso no se debería apreciar ningún conflicto entre la inmunidad de jurisdicción del Estado y el art. 6.1 de la Convención de 1950; Irlanda debería haber permitido el acceso a sus tribunales ante la demanda presentada contra el Reino Unido; al no hacerlo “it disproportionately restricted the applicant’s rights under the Convention”.

ha de ser valorada con relación al ordenamiento interno del Estado demandado, Irlanda, y no respecto del ordenamiento interno del Reino Unido, por lo que considera que “it is unfair as well as odd to expect the applicant to have recourse to another State as a solution to his problem of lack of access to a court in his own country, against which his complaint was directed”.

⁴⁸ Párr. 40.

⁴⁹ Aún así, se pronuncian con la siguiente cautela: “However, even if one were not prepared to admit as much, that Article is, at the very least, the expression of a remarkable convergence of tendencies in contemporary international law. This convergence is sufficiently powerful to suggest, at any rate, that at present there is no international *duty*, on the part of State, to grant immunity to other States in matters of torts caused by the latter’s agents”.

Postura que también comparte en su Opinión Disidente el Juez ROZAKIS; si bien matiza que en la fecha en la que se pronuncian los tribunales de Irlanda (1994-1995), todavía el Estado del foro podía aplicar la inmunidad de jurisdicción y restringir el acceso a sus tribunales sin “flagrantly violating general international law”; y sin perjuicio de que en esas fechas el sector de normas que regula la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero se encontrara en una “stage of transition”.

Si en la fecha en la que se dictan las sentencias de los tribunales irlandeses se puede poner en duda el alcance de esta excepción a la inmunidad de jurisdicción, a fecha de hoy, noviembre de 2017, se debe compartir la postura de los Jueces Disidentes en este caso decidido mediante Sentencia de 2001. Al menos en los casos que se planteen ante los tribunales internos con posterioridad a la adopción, por consenso, de la Convención de 2004⁵⁰. En efecto, tal como se regula en su art. 12⁵¹, precepto que sigue casi al pie de la letra lo dispuesto en su predecesor del Proyecto de 1991⁵², en el supuesto de los daños y lesiones causados por un Estado extranjero en el territorio del Estado foro, no debe regir la regla de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, siempre con la finalidad de que el particular reciba la protección de los tribunales del Estado del foro, en aplicación del principio de territorialidad. Desde luego, la remisión que lleva a cabo el TEDH en *McElhinney v. Ireland* a los tribunales del Reino Unido para que ejerzan su jurisdicción en este asunto, en la práctica forense no constituye, ni mucho menos, una vía fácil y segura para la defensa de los derechos del particular. De conformidad con el art. 12 de la Convención de 2004 --y su predecesor y homólogo art. 12 del Proyecto de la CDI de 1991--, en este caso los intereses del particular no deberían verse desguarnecidos por la salvaguarda de los intereses intergubernamentales, a los efectos de poder entablar una demanda civil de reparación de daños, *siempre que se cumpla el principio de territorialidad*, y sea cual sea la naturaleza de los actos --de *jure gestionis* o de *jure imperii*-- que se atribuyan al Estado extranjero⁵³. A salvo las situaciones de

⁵⁰ Véanse FOROWICZ, M., *The Reception...*, *op. cit.*, pp. 298-299; KLOTH, M., *Immunities...*, *op. cit.*, pp. 53-64; SALAMANCA AGUADO, E., “Inmunidad de Jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un Tribunal. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de DH en el *Asunto McElhinney c. Irlanda*”, *Anuario de DI*, vol. XVIII (2002), 347-387, pp. 386—387; YANG, X., “State immunity...”, *loc. cit.*, pp. 380-381; y del mismo autor, YANG, X., *State Immunity...*, *op. cit.*, pp. 199-229.

⁵¹ Este artículo, titulado “lesiones a las personas y daños a los bienes”, reza del siguiente modo: “salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a una acción de indemnización pecuniaria en caso de muerte o lesiones de una persona, o de daño o pérdida de bienes tangibles, causados por un acto o una omisión presuntamente atribuible al Estado, si el acto o la omisión se ha producido total o parcialmente *en el territorio de ese otro Estado* y si el autor del acto o la omisión se encontraba en dicho territorio en el momento del acto o la omisión” (cursiva añadida).

⁵² La misma solución normativa se asume en el art. 11 de la citada Ley Orgánica 16/2015.

⁵³ Véase a este respecto para la posición que mantenía en 1991 la CDI, *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49: “El *locus delicti commissi* proporciona un vínculo territorial esencial sea cual fuere la motivación del acto u omisión, ya sean intencionales o incluso dolosos, o se deban a un accidente o a negligencia, inadvertencia, imprudencia temeraria o descuido, y desde luego al margen de la naturaleza de las actividades de que se trate, ya sean *acta jure imperii* o *acta jure gestionis*”. Con anterioridad la CDI advierte en esta misma dirección que “..., el ámbito de aplicación del artículo 12 es lo suficientemente amplio para comprender también los daños corporales o los daños materiales de carácter intencional, como las agresiones o lesiones voluntarias, los daños intencionales a los bienes, el incendio criminal o

conflicto armado, en las que, como reconocía la CDI en 1991⁵⁴ y años más tarde ha confirmado la CIJ en el ya citado *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado*, en la práctica se suele respetar la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero por los actos cometidos por sus tropas en el territorio del Estado del foro⁵⁵; y a salvo también los regímenes convencionales que a modo de *lex specialis* los Estados pueden celebrar en este ámbito⁵⁶.

En definitiva, a pesar de contar con el apoyo del proceso codificador concluido por la CDI en 1991, en este caso el Tribunal de Estrasburgo, dadas las incertidumbres que a su juicio presenta la práctica internacional en las fechas en las que se producen los hechos –conviene insistir en ello–, se ha mostrado un tanto conservador –desde la óptica de la efectiva aplicación de las disposiciones de la CEDH, en concreto su art. 6.1– en su labor de determinar, interpretar y aplicar el DI consuetudinario en vigor en este sector de normas⁵⁷. Lo que última instancia encuentra su explicación en la concepción consensualista del ordenamiento internacional y de los procesos de formación de normas que se dan en su seno, que subyace claramente en la jurisprudencia del TEDH, como se insistirá en una valoración de conjunto de la misma en el epígrafe V de este trabajo; y, previamente, también se pone de manifiesto en la jurisprudencia objeto de análisis en el siguiente subepígrafe.

incluso el homicidio o el asesinato político”, citando a este respecto el asunto Letelier: p. 48 y nota a pie 149.

⁵⁴ *Anuario CDI*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49, en la que la CDI afirma con relación al art. 12 que “... ni es aplicable a las situaciones de conflicto armado”.

⁵⁵ Párr. 78-79 de la Sentencia de la CIJ de 2012, en el *caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; intervención de Grecia)*. Véase FERRER LLORET, J., “La insoportable levedad del Derecho Internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, *REEI*, núm. 24, 2012, pp. 1-36, pp. 6 y ss.

⁵⁶ Véase sobre este tema en la doctrina española más reciente, FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “La posición española ante las inmunidades de las fuerzas armadas de otros Estados”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015...*, *op. cit.*, pp. 355-386, pp. 361-368.

⁵⁷ No obstante, se debe señalar que en el desarrollo final de la fase “intergubernamental” del proceso codificador, algún Estado se opuso a la aplicación del art. 12 a actos de *iure imperii*; a finales de 2004 el representante de Estados Unidos ante la Sexta Comisión se manifestaba en la siguiente dirección: “... el artículo 12, relativo a la jurisdicción sobre actos ilícitos no mercantiles, se debe interpretar y aplicar sistemáticamente respetando la tradicional distinción entre actos *jure imperii* y actos *jure gestionis*. Es perfectamente admisible que pueda responsabilizarse a los Estados –esto es, que no puedan oponer su inmunidad– por sus actos u omisiones ilícitos en casos en que los particulares podrían incurrir en esa responsabilidad. La legislación de los Estados Unidos de América y la de otros muchos Estados contemplan esa posibilidad. No obstante, ampliar esta jurisdicción sin tener en cuenta la distinción entre lo público y lo privado aceptada en el DI vulneraría los principios vigentes del DI y generaría nuevos desacuerdos y conflictos ante los tribunales nacionales que bien podrían resolverse mejor, como ocurre actualmente, mediante mecanismos entre Estados. En otras palabras, el artículo 12 debe interpretarse a la luz de la práctica reiterada de los Estados en el sentido de que se aplica a actos u omisiones ilícitos de carácter privado que sean atribuibles al Estado, al tiempo que mantiene la inmunidad para los actos del Estado realizados en estricto ejercicio del poder público o en su condición de ente soberano”: A/C.6/59/SR.13, p. 11.

2. Daños cometidos en el territorio del Estado que es demandado ante los tribunales del Estado del foro

A) En *Al-Adsani* el TEDH acepta la inmunidad de jurisdicción

En *Al-Adsani v. The United Kingdom*⁵⁸, se van a suscitar fundamentalmente dos cuestiones. *Por una parte*, si en aplicación de los arts. 1 y 13 de la CEDH los Estados partes están obligados a ejercer la jurisdicción de sus tribunales, en este caso en el ámbito civil, por hechos cometidos en el territorio y bajo la jurisdicción de terceros Estados que vulneren los derechos contenidos en dicha Convención, y que se atribuyen a los órganos de un tercer Estado: el TEDH por unanimidad lo desestima⁵⁹. Jurisprudencia que ha mantenido con posterioridad la Sala del TEDH en *Nait-Liman c. Suisse*, sin que en este caso se haya llegado a plantear la cuestión de la inmunidad de jurisdicción⁶⁰, y a la espera de que la Gran Sala se pronuncie sobre este mismo asunto⁶¹.

⁵⁸ *Al-Adsani v. The United Kingdom* (App. 35763/97), Sentencia de la Gran Sala de 21 de noviembre de 2001. Sulaiman Al-Adsani es un ciudadano con doble nacionalidad británica y kuwaití y piloto de profesión, quien al volver a su país de origen, Kuwait, en 1991, fue objeto de graves lesiones físicas y psíquicas por parte del emir de Kuwait, el jeque Jaber Al-Saoud Al-Sabah. Tras regresar al Reino Unido, emprendió acciones judiciales conjuntamente contra el jeque Al-Sabah y el Estado de Kuwait ante los tribunales británicos. En el primer caso obtuvo una sentencia condenatoria en rebeldía imposible de ejecutar porque el autor de tales lesiones carecía de bienes en el Reino Unido. Respecto de las acciones judiciales contra el Gobierno Kuwaití, finalmente una sentencia de la *Court of Appeal* de 27 de noviembre de 1996 reconocía la inmunidad de Kuwait ante los tribunales del Reino Unido, en aplicación de la Sección 5 de la *State Immunity Act* de 1978, en la que únicamente se exceptúa la inmunidad de jurisdicción en caso de acciones de indemnización pecuniaria por muerte o daños corporales, si el acto u omisión que los causa *tiene lugar* en el Reino Unido.

⁵⁹ Según el TEDH, “however, in each case the State’s obligation applies only in relation to ill-treatment allegedly committed within its jurisdiction”: párr. 38. Para el TEDH, dado que los actos de tortura no se han cometido en el territorio del Reino Unido, no existe ninguna conexión causal (*causal connection*) entre las autoridades del Reino Unido y las violaciones de los DH cometidas en Kuwait; en tales circunstancias, no se puede sostener que el Reino Unido tenga la obligación de garantizar un recurso efectivo en el orden civil ante sus tribunales respecto de los actos de tortura cometidos por las autoridades de Kuwait: párr. 40. En la doctrina véase SÁNCHEZ LEGIDO, A., “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de DH”, *REDI*, vol. LIII, 2001, pp. 313-342, pp. 320—321.

⁶⁰ Se debe señalar a este respecto, que según la Convención de 2004 la sumisión del litigio a un tribunal competente, se presenta como un requisito previo al planteamiento de la cuestión de la inmunidad de jurisdicción, como así lo demuestra el inicio de casi todos los artículos de la Tercera parte de la Convención (arts. 11, 12...), que comienzan con la siguiente fórmula: “... ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, *por lo demás competente*, en un proceso relativo a...” (cursiva añadida). Por tanto, para que un tribunal pueda decidir en un proceso que afecta a un Estado extranjero si acepta o rechaza su inmunidad de jurisdicción y/o de ejecución, el tribunal debe ser en primer lugar competente; por lo general la Convención de 2004 no se ocupa de determinar la competencia de los tribunales internos, por lo que se impone la necesaria remisión a las normas de DI, público y privado, en la materia, que serán aplicadas por cada Estado en su ordenamiento interno.

⁶¹ En efecto, en *Nait-Liman c. Suisse* (App. 51357/07), Sentencia de 21 de junio de 2016 (por tanto, la demanda se presenta en 2007 y la Sentencia se dicta nada menos que 9 años después), se discute la competencia de los tribunales respecto de, por una parte, una demanda civil presentada el 14 de febrero de 2001 (y también penal, pero fue cerrado el caso al abandonar el acusado el territorio de Suiza el 19 del mismo mes) por un nacional suizo (desde 2007) de origen tunecino, contra el Ministerio de Interior

Por otra, en esta Sentencia se plantea la compatibilidad entre el principio de la inmunidad soberana de los Estados y el derecho de acceso a la justicia (art. 6.1 CEDH), y más en concreto, la operatividad de dicho principio en caso de violación de normas de *ius cogens*, como la que prohíbe la tortura. En su respuesta, el TEDH mantiene la jurisprudencia que aplica en *McElhinney* y *Fogarty*, resueltos en las mismas fechas: el Derecho reconocido en el art. 6.1 no es un derecho absoluto y puede ser objeto de limitaciones o restricciones en su aplicación, en el marco del margen de apreciación nacional que corresponde a los Estados partes; siempre que se persiga un fin legítimo y

tunecino que se encontraba hospitalizado en el país helvético y, por otra, también una demanda civil contra Túnez; con las que el demandante exige una reparación por el daño moral causado por los actos de tortura sufridos en 1992 en Túnez por parte de fuerzas de seguridad del país norafricano dirigidas por el Ministro de Interior, en fechas en las que el demandante era nacional de Túnez. La Sala del Tribunal de Estrasburgo, por cuatro votos contra tres, concluye que la decisión de los tribunales suizos de no considerarse competentes respecto de ambas demandas por entender que no existe ningún vínculo de conexión con Suiza, no vulnera el art. 6.1 de la CEDH. Para la Corte, como siempre las restricciones al art. 6.1 deben perseguir un fin legítimo y deben asimismo cumplir el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. Por lo que respecta a la primera cuestión, el TEDH mantiene lo siguiente: “Quant au but poursuivi par la restriction du droit d’accès à un tribunal, la Cour estime que le refus de donner suite à l’action civile du requérant visait la bonne administration de la justice et l’effectivité des décisions judiciaires internes. Elle partage l’avis du Gouvernement selon lequel une compétence universelle, au sens civil, risquerait de créer des difficultés pratiques considérables pour les tribunaux, notamment à cause de l’administration des preuves et l’exécution de telles décisions judiciaires. La Cour n’exclut pas non plus que l’acceptation d’une compétence universelle puisse provoquer des immixtions indésirables d’un pays dans les affaires internes d’un autre. La Cour conclut donc que le refus des tribunaux suisses d’examiner le bien-fondé de l’action du requérant poursuivait des buts légitimes au sens de la jurisprudence précitée”: párr. 107 (cursiva añadida). Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, considera que a la vista de la práctica de los Estados miembros del Consejo de Europa con relación a la denominada “jurisdicción civil universal”, los tribunales suizos no han adoptado una decisión arbitraria al declararse incompetentes, dada la inexistencia de ningún vínculo de conexión con Suiza (nacionalidad, domicilio o residencia habitual en el momento de cometerse los hechos), de conformidad con lo dispuesto en la normativa interna suiza, cuya aplicación, según el TEDH “... n’a rien d’exceptionnel et s’inscrit dans un consensus très large parmi les États membres du Conseil de l’Europe qui ont introduit une telle compétence dans leurs ordres juridiques”: párr. 114. Por lo que concluye, que no obstante la interpretación extraterritorial del art. 14 de la Convención contra la Tortura de 1984 que propugna el Comité contra la Tortura, esta interpretación no es compartida por ninguno de los 26 Estados del Consejo de Europa cuya práctica ha estudiado el TEDH, y ninguno de ellos prevé la jurisdicción civil universal para casos de tortura, y la práctica de Estados Unidos y Canadá por sí sola no puede dar lugar a la existencia de una norma consuetudinaria en tal sentido que vincule a todos los Estados europeos; en este sentido, “qu’aucune obligation conventionnelle n’obligeait la Suisse d’accepter l’action civile du requérant. Les autorités dudit État n’en étaient pas non plus obligées en vertu du droit coutumier, étant donné que la pratique des États, comme expression d’une opinio juris (article 38 § 1 b) du Statut de la C.I.J.) en faveur de l’existence d’une compétence universelle civile, faisait clairement défaut”: párr. 120. En su Opinión Disidente, los Jueces Karakas, Vucinic y Küris defienden que se ha producido “denegación de justicia” por parte de Suiza, ya que sí existen vínculos de conexión; a su juicio se debe tener en cuenta que el demandante residía en Suiza desde 1992, que en 1995 le fue reconocido el estatuto de refugiado y que en 2007 fue nacionalizado suizo; y sobre todo, insisten en que el Ministro de Interior tunecino se encontraba en un hospital en Suiza cuando se presenta la demanda, hasta cinco días después cuando abandona el país y el Gobierno suizo no ha ofrecido ninguna información sobre los motivos y la fecha de la salida del país, por lo que el TEDH debería haber prestado una especial atención respecto de esos cinco días de inacción por parte de las autoridades del país helvético. Se debe destacar que el 28 de noviembre de 2016 este asunto fue reenviado a la Gran Sala. En la doctrina, véase BONAFÈ, B.I., “La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e la giurisdizione universale in materia civile”, *Rivista*, vol. XCIX, 2016, pp. 1100-1122.

además se cumpla el principio de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar. Para el TEDH tales limitaciones o restricciones cumplen un “fin legítimo”, el de “complying with international law to promote comity and good relations between States through the respect of another State’s sovereignty”⁶². Asimismo, el Tribunal de Estrasburgo tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 31.3c) de la CVDT, ya que la CEDH no puede ser interpretada “in a vacuum”, y, en la medida de lo posible, debe ser interpretada en armonía con otras normas de DI del que forma parte, incluidas las que regulan la inmunidad de jurisdicción del Estado⁶³.

Según el TEDH las limitaciones a la aplicación del art. 6.1 en este caso cumplen el principio de proporcionalidad, ya que son conformes con la normas generalmente aceptadas del DI público, al tratarse de limitaciones “... generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity”⁶⁴. Y cita como apoyo de la vigencia de tales normas fundamentalmente el art. 11 de la Convención de Basilea –de la que el Reino Unido es parte–, precepto que como se ha visto en el anterior subepígrafe establece una excepción a la inmunidad de jurisdicción por *daños cometidos en el territorio del Estado del foro*⁶⁵. De forma un tanto sorprendente el TEDH no menciona en ninguna ocasión el art. 12 del Proyecto de 1991, que regula esa misma excepción basada en el principio de territorialidad; sí se refiere al citado Informe del Grupo de Trabajo de la CDI de 1999, en el que se plantea este tema y se citan algunos asuntos recientes de la práctica internacional (Pinochet...) pero sin llegar a perfilar una propuesta normativa concreta⁶⁶; y de hecho, en la Convención de 2004 no se regula una excepción a la inmunidad de jurisdicción en caso de violación de los derechos humanos de carácter extraterritorial, como se volverá a insistir en el siguiente subepígrafe. Por todo ello, *por una ajustada mayoría de nueve votos contra ocho*, el TEDH concluye del siguiente modo:

“While the Court accepts, on the basis of these authorities, that the prohibition of torture has achieved the status of a peremptory norm in international law, it observes that the present case concerns not, as in *Furundzija* and *Pinochet*, the criminal liability of an individual for alleged acts of torture, but the immunity of a State in a civil suit for damages in respect of acts of torture within the territory of that State. Notwithstanding the special character of the prohibition of torture in international law, the Court is unable to discern in the international instruments, judicial authorities or other materials before it any firm basis for concluding that, as a matter of international law, a State no longer enjoys immunity from civil suit in the courts of another State where acts of torture are alleged”⁶⁷.

Por lo que el TEDH, a pesar de la importancia que presenta la prohibición de la tortura, considera que en el DI todavía no está aceptado que los Estados no tengan derecho a alegar la inmunidad de jurisdicción por los daños producidos por actos de tortura cometidos fuera del territorio del Estado del foro; por tanto, la legislación del Reino Unido de 1978, de nuevo es conforme con las limitaciones al derecho a la justicia

⁶² Párr. 54.

⁶³ Párr. 55.

⁶⁴ Párr. 56.

⁶⁵ Párr. 57.

⁶⁶ Párr. 23-24 y 62-65.

⁶⁷ Párrafo 61.

“...generally accepted by the community of nations as part of the doctrine of State immunity”⁶⁸.

Sin embargo, para los Jueces Disidentes, si se acepta que la prohibición de la tortura es una norma de *jus cogens*, el Estado que vulnera una norma de esta naturaleza no puede alegar otras normas de rango inferior, como las que se ocupan de la inmunidad de jurisdicción, para evitar las consecuencias de dicha vulneración. Por tanto, Kuwait no puede escudarse en las normas sobre inmunidad de jurisdicción para obstaculizar las demandas civiles presentadas ante los tribunales del Reino Unido, y éstos no pueden aceptar la inmunidad de jurisdicción de Kuwait para rechazar una demanda relativa a la violación de una norma de *jus cogens*⁶⁹.

Esta última postura jurídica, decididamente favorable a la efectividad de los derechos contenidos en el CEDH, puede ser objeto de debate, al menos de *lege ferenda*⁷⁰. Pero desde la perspectiva de la *lex data*, la decisión de 2001 del TEDH en este asunto resulta conforme con el DI en vigor, producto del *consensus generalis* alcanzado entre los Estados; como ha reconocido el propio TEDH en su jurisprudencia posterior, a la luz de la práctica internacional de las dos últimas décadas.

B) En su jurisprudencia posterior el TEDH mantiene, con remordimientos, la misma postura

En efecto, después de este caso resuelto en 2001, con posterioridad el TEDH mantiene la misma posición jurídica en *Groz v. France*⁷¹, en la que se limita a citar su jurisprudencia anterior en *Al-Adsani* y en *Kalogeropoulou and others v. Greece and Germany* –este último será objeto de análisis en el epígrafe IV-- para rechazar que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción en favor de Alemania ante los tribunales franceses frente a una demanda civil presentada por un nacional francés que

⁶⁸ Párr. 66.

⁶⁹ En su opinión, “due to the interplay of the *jus cogens* rule on prohibition of torture and the rules on State immunity, the procedural bar of State immunity is automatically lifted, because those rules, as they conflict with a hierarchically higher rule, do not produce any legal effect. In the same vein, national law which is designed to give domestic effect to the international rules on State immunity cannot be invoked as creating a jurisdictional bar, but must be interpreted in accordance with and in the light of the imperative precepts of *jus cogens*”: Joint dissenting Opinion of Judges ROZAKIS and CAFLISCH, joined by judges WILHABER, COSTA, CABRAL BARRETO and VAJIC, párr. 3.

⁷⁰ Dentro de la abundante bibliografía crítica con esta jurisprudencia del TEDH, véase, *inter alia*, BOU FRANCH, V., “Inmunidad del Estado y violación de normas internacionales de *jus cogens*: el asunto *Al-Adsani* contra Reino Unido”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVIII, 2002, pp. 279-303; SUDRE, F., “La jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l’homme”, en PINGEL, I. (dir.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, 2004, pp. 19-31, p. 20: “Au sein de cette jurisprudence dynamique, audacieuse, toute entière tournée vers l’effectivité du droit à un procès équitable, la jurisprudence relative aux immunités de juridiction, par un contraste saisissant, apparaît immobile et conservatrice”; lo que en última instancia “traduit bien l’existence d’un déséquilibre au détriment du droit de l’individu à la protection juridictionnelle”. Más recientemente, GONZÁLEZ VEGA, J., “Otra etapa en ‘la lucha contra las inmunidades del poder’: derechos humanos *versus* inmunidad de los Estados”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, pp. 485-506, pp. 495-497.

⁷¹ Decisión de Admisibilidad de 16 de junio de 2009, App. 14717/06.

durante la Segunda Guerra Mundial fue detenido en Francia y deportado a Alemania para ser sometido a trabajos forzados durante dos años, constituya una vulneración del art. 6.1 de la CEDH. Si bien, el TEDH se permite concluir su argumentación dejando la puerta abierta a la futura evolución que sobre este tema pueda presentar el ordenamiento internacional⁷².

Pero en el último caso decidido por el TEDH, en 2014, tampoco se llega a la conclusión de que tal cambio normativo se haya producido, siempre a la luz de la práctica internacional. En *Jones and others v. The United Kingdom*⁷³ mantiene fundamentalmente la misma doctrina aplicada en *Al-Adsani*. Y ello a pesar de que si bien ambos casos presentan evidentes similitudes⁷⁴, las respectivas Sentencias son dictadas con un intervalo de más de 12 años.

En efecto, en el caso *Jones v. Ministry of the Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya as Sudiya*, la Corte de Apelación de Londres mantiene la inmunidad de jurisdicción civil de Arabia Saudita, aunque no la de los funcionarios responsables de las violaciones de los DH cometidas en el territorio del Estado árabe⁷⁵. La misma posición jurídica se sigue respecto de la primera cuestión en la Decisión de la Cámara de los Lores en este mismo asunto, en el sentido de reconocer la inmunidad de jurisdicción civil de Arabia Saudita; pero se acepta además la inmunidad de jurisdicción civil de los funcionarios saudíes responsables de actos de tortura contra nacionales del Reino Unido cometidas en Arabia Saudita, ante los tribunales del Reino Unido⁷⁶.

Presentada la demanda en Estrasburgo, para resolver este caso el TEDH se refiere a la Convención de Basilea de 1972, de la que como ya se ha explicado *supra* el Reino Unido es parte, y también a la Convención de 2004, que ha sido firmada pero no ratificada por el Reino Unido⁷⁷. Pero el TEDH advierte que la Convención de 2004 no incluye una excepción a la inmunidad de jurisdicción basada en la vulneración de normas de *ius cogens*, cuestión esta que se planteó en el Informe del Grupo de Trabajo de la CDI de 1999, aunque que finalmente no se reguló en la Convención de 2004⁷⁸. También señala que al ratificar la Convención de 2004, tres Estados, Noruega, Suecia y Suiza han realizado declaraciones con las que sostienen que lo dispuesto en este tratado internacional, es “without prejudice to any future international development concerninh the protection of human rights”⁷⁹.

⁷² “Cela vaut du moins en l’état actuel du droit international public, ce qui n’exclut pas pour l’avenir un développement du droit international coutumier ou conventionnel”.

⁷³ App. 34356/06 and 40528/06, Sentencia de 14 de enero de 2014.

⁷⁴ Tanto *Jones*, como el resto de demandantes, alegan haber sido objeto de torturas por fuerzas de seguridad de Arabia Saudí en el territorio de este Estado.

⁷⁵ Sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra de 28 de octubre de 2004. Comentario y valoración de esta Sentencia en “Decisions of British Courts”, *BYIL*, vol. LXXV, 2004, pp. 489-504.

⁷⁶ *Jones v. Ministry of the Interior of the Kingdom of Saudi Arabia*, Sentencia de la Cámara de los Lores de 14 de junio de 2006; comentario en “International Decisions”, *AJIL*, vol. 100, 2006, pp. 901-906.

⁷⁷ Párr. 70-80.

⁷⁸ Párr. 79.

⁷⁹ Párr. 80.

A este respecto, conviene volver a insistir en que en la Convención de 2004 no se regula una excepción a la inmunidad de jurisdicción en caso de vulneración de los derechos humanos de alcance extraterritorial con relación al Estado del foro; como se ha señalado, el art. 12 de la Convención de 2004 –al igual que su predecesor y homólogo art. 12 del Proyecto de 1991-- contempla una excepción por lesiones a las personas y daños a los bienes *producidos total o parcialmente en el territorio del Estado del foro*. Por tanto, en este tema el TEDH no puede apoyarse en la interacción normativa entre tratado –no en vigor– y norma consuetudinaria y debe establecer el DI consuetudinario a partir de la práctica de los Estados⁸⁰.

Por ello, el TEDH se preocupa de ofrecer un repaso de la jurisprudencia internacional (Tribunal penal para la exYugoslavia y CIJ – en concreto: *Orden de Detención; Asistencia Mutua en asuntos penales; Inmunidades jurisdiccionales del Estado*--), del proceso codificador que la CDI lleva a cabo en el ámbito de la “inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado”; de las disposiciones pertinentes del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional del Estado de 2001 –arts. 4, 5 y 58--; así como de la práctica legislativa y judicial interna en asuntos en los que se ha planteado la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y/o de sus órganos ante los tribunales del Estado del foro por violaciones graves de los derechos humanos, si bien el TEDH advierte que sin ánimo exhaustivo⁸¹ (en concreto, la referida a Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Italia, Grecia, Polonia, Francia y Eslovenia)⁸²; y de la práctica judicial en el ámbito de procedimientos penales contra oficiales de un Estado extranjero por tortura (Francia, Países Bajos, Suiza y Bélgica)⁸³. Además, el Tribunal de Estrasburgo añade que el Estado demandado remitió un cuestionario a todos los Estados partes, y en las 21 respuestas recibidas ningún Estado confirma que en su ordenamiento se aplique una excepción a la inmunidad de jurisdicción ante demandas civiles de carácter extraterritorial⁸⁴. Por tanto, el TEDH lleva a cabo un esfuerzo bastante considerable en el análisis de la práctica internacional sobre este tema, que debe ser destacado en el contexto de la enorme carga de trabajo a la que está sometida esta jurisdicción de ámbito regional europeo, como ya se ha apuntado en el epígrafe I y se volverá a insistir sobre ello en el epígrafe V.

Después del análisis de la práctica internacional, y de exponer las posturas de las partes y de terceros intervinientes, el TEDH va a tomar como punto de partida su

⁸⁰ Es sabido que en seno de la Sexta Comisión de la AG no se alcanzó el acuerdo necesario para regular este tema en la Convención de 2004; se consideró que la inclusión de este tema podía poner en peligro el éxito de todo el proceso codificador de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes: véase, HAFNER, G. y KÖHLER, U., “The United Nations...”, *loc cit.*, pp. 47-48. En las Declaraciones realizadas al ratificar la Convención de 2004, Suiza y Liechtenstein manifiestan que el art. 12 no es de aplicación a las violaciones de los derechos humanos cometidas en el territorio de terceros Estados; si bien, también mantienen que “this Convention is without prejudice to developments in international law in this regard.”: véase https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=_en.

⁸¹ Párr. 111.

⁸² Párr. 112-154.

⁸³ Párr. 150-154.

⁸⁴ Párr. 110.

jurisprudencia anterior en la que ha defendido que se debe establecer un equilibrio entre el derecho a un proceso equitativo recogido en el art. 6.1 y las normas de DI que regulan la inmunidad de jurisdicción. Y también de nuevo desarrolla su argumentación del siguiente modo: dado que este derecho no es absoluto, los Estados partes disfrutan de un margen de apreciación en su aplicación, que les permite establecer restricciones o limitaciones en su ejercicio, siempre que persigan un fin legítimo y se aprecie una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que se pretende alcanzar⁸⁵.

La Sala se plantea si en este caso debe seguir o por el contrario debe apartarse de la jurisprudencia mantenida por la Gran Sala en *Al-Adsani*, e incluso si debe llevar este caso ante la Gran Sala. Según la Sala, a la vista de la práctica internacional y teniendo en cuenta las normas del DI e interpretando las disposiciones de la CEDH en armonía con ellas, debe mantenerse el examen del principio de proporcionalidad que la Gran Sala aplicó para decidir si se había producido o no la vulneración del art. 6.1 en *Al-Adsani*⁸⁶. Como se trata de un caso “identical” al decidido por la Gran Sala en 2001, la cuestión que según el TEDH se debe dilucidar es si desde *Al-Adsani* y en la fecha de la Decisión de la Cámara de los Lores, de 2006, se había producido una evolución “in the accepted international standards” a los efectos de la existencia de una excepción a la inmunidad de jurisdicción de carácter extraterritorial en casos de actos de torturas, que permita llegar a la conclusión “that the grant of immunity in this case did not reflect generally recognised rules of public international law on State immunity”⁸⁷.

Para el TEDH no es necesario llevar a cabo un análisis detallado de los supuestos en los que se ha planteado esta cuestión ante los tribunales internos durante la última década (*Ferrini, Bouzari...*), ya que la Sentencia de la CIJ en el citado *Caso de las inmunidades jurisdiccionales*, “which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law”, claramente establece que “todavía” no ha “cristalizado” una excepción a la inmunidad de jurisdicción de carácter extraterritorial incluso en el caso de vulneración de normas de *ius cogens*. Por tanto, en este caso el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción por los tribunales del Reino Unido a favor de Arabia Saudí no supone una vulneración del art. 6.1 de la CEDH⁸⁸.

La misma conclusión aplica el TEDH respecto de la inmunidad de jurisdicción civil ante demandas presentadas contra oficiales de un Estado extranjero por actos cometidos en el desempeño de sus funciones oficiales, ya que tales actos se atribuyen al Estado; en la práctica los oficiales del Estado disfrutan de la inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de terceros Estados por actos llevados a cabo representando al Estado

⁸⁵ Párr. 186 y ss. Más en concreto, según el TEDH, “as to the proportionality of the restriction, the need to interpret the Convention so far as possible in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to the grant of State immunity, has led to the court to conclude that measures taken by a State which do not reflect generally recognised rules of public international law on State immunity cannot in principle be regarded as imposing a disproportionate restriction on the right of Access to a court as embodied in Article 6&1”: párr. 189.

⁸⁶ Párr. 195.

⁸⁷ Párr. 196.

⁸⁸ Párr. 198.

“...under the same cloak as protects the State itself”⁸⁹. Aunque a la vista de lo dispuesto en la Convención contra la Tortura de 1984, y de la práctica legislativa y judicial de algunos Estados (Estados Unidos y Canadá), el TEDH parece que quiere curar su mala conciencia, ya que de nuevo deja las puertas abiertas para una futura evolución del DI⁹⁰.

En su Opinión Disidente⁹¹, el juez KALAYDJIEVA discrepa de la postura que mantiene la Corte, sobre todo a la hora de aceptar la inmunidad de jurisdicción civil en favor de un oficial de un Estado extranjero por actos de tortura, y llega a la contundente conclusión de que esta jurisprudencia puede “... being capable of extending impunity for acts of torture globally”. Y recuerda la expresión con la que el juez FERRARI BRAVO cierra su muy crítica Opinión Disidente en *Al-Adsani*: “What a pity”⁹².

No obstante esta última crítica frontal y los remordimientos que subyacen en esta Sentencia, el estudio de la práctica que desarrolla el TEDH pone de manifiesto que una gran mayoría de Estados son partidarios de circunscribir el ámbito de aplicación del citado art. 12 de la Convención de 2004 a *los daños y lesiones cometidos en el territorio del Estado del foro*. Como se ha comprobado, de momento la propuesta *de lege ferenda* dirigida a extender con carácter extraterritorial el ámbito de aplicación de este último precepto no se ve confirmada por la práctica de los Estados⁹³. Por tanto, el Tribunal de

⁸⁹ Párr. 204. En efecto, para el TEDH, la decisión de la Cámara de los Lores de reconocer la inmunidad de jurisdicción civil a los oficiales del Estado extranjero por actos de tortura cometidos en el territorio de este último, no puede considerarse como manifiestamente errónea ni arbitraria, ya que está basada en el estudio de la práctica internacional, como ha sido reconocido por otros tribunales internos a los que ya ha hecho referencia: párr. 214. Por todo ello, la Sala, por seis votos contra uno, considera que “... the grant of immunity to the State officials in this case reflected generally recognised rules of public international law...”, por lo que no se ha vulnerado el art. 6.1 de la CEDH. “However, in light of the developments currently underway in this area of public international law, this is a matter which needs to be kept under review by Contracting States”: párr. 215.

⁹⁰ Párr. 213: “However, State practice on the question is in a state of flux, with evidence of both the grant and the refusal of immunity *ratione materiae* in such cases. At least two cases on the question are pending before national Supreme Courts: one in the United States and the other in Canada (see paragraphs 125 and 134 above). International opinion on the question may be said to be beginning to evolve, as demonstrated recently by the discussions around the work of the ILC in the criminal sphere. This work is ongoing and further developments can be expected”.

⁹¹ En su Opinión Concurrente, el juez BIANKU reprocha a la Corte que no haya decidido reenviar este caso a la Gran Sala.

⁹² Para una crítica de la postura del TEDH con la que se equipara inmunidad de jurisdicción del Estado e inmunidad de jurisdicción de los órganos del Estado, véase PISILLO MAZZESCHI, R., “Le immunità degli Stati e degli organi statali precludono l’accesso alla giustizia anche alle vittime di torture: el caso Jones dinanzi alla Corte Europea dei Diritti Umani”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, 2014, pp. 375-384, pp. 380-383.

⁹³ Véase, *inter alia*, YANG, X., *State Immunity...*, *op. cit.*, pp. 423-440. No obstante las propuestas de lege ferenda defendidas a este respecto por la doctrina, en el sentido de propugnar la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de las demandas civiles presentadas por particulares víctimas de violaciones de los DH cometidas en el territorio de terceros Estados y negar la inmunidad de jurisdicción de tales Estados ante los tribunales españoles para que los particulares puedan obtener una reparación: véase, *inter alia*, la propuesta de BORRÁS, A., “Inmunidad de los Estados y competencia universal en materia civil”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica...*, *op. cit.* 16/2015, pp. 59-77, basada en los trabajos del Institut de Droit International. En efecto, el pasado 30 de agosto de 2015 en su sesión de Tallinn, el IDI, a partir de la propuesta del Ponente nombrado a tal efecto, el

Estrasburgo no tiene más remedio que reconocer y aceptar que, como es obvio, no tiene como misión elaborar o modificar las normas del DI en vigor, producto de la existencia de un *consensus generalis* entre los Estados, como se volverá a insistir en el epígrafe V.

IV. EL TEDH SE ENFRENTA A LOS OBSTÁCULOS QUE PRESENTA LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN PARA LA EFECTIVA APLICACIÓN DEL ART. 6.1

1. El TEDH no distingue entre la inmunidad de jurisdicción y la inmunidad de ejecución

Como ya se ha adelantado, la inmunidad de ejecución es uno de los temas que más se debatió a lo largo del proceso codificador que condujo a la adopción de la Convención de 2004 y sobre el que la práctica estatal de las últimas décadas dista mucho de ser general, constante y uniforme y duradera⁹⁴. El TEDH también se ha tenido que enfrentar

profesor de Derecho internacional privado, Andreas Bucher, aprobó la Resolución titulada “Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes”, en la que se defiende la vía de los tribunales internos de cualquier Estado para que las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos obtengan una reparación por el daño sufrido y se incluye en el art. 5 que “the immunity of States should not deprive victims of their right to reparation”, sin más concreción.

⁹⁴ Como destacó en su momento el Presidente del mencionado Comité Especial de la Sexta Comisión, HAFNER, G., “L’immunité d’exécution dans le Projet de Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens”, en PINGEL, I. (dir.), *Droit des immunités...*, op. cit., pp. 85-100, pp. 95-97. Y como destacan en la doctrina, *inter alia*, YANG, X., *State Immunity...*, op. cit., pp. 343-422 y recientemente en la doctrina española, DÍEZ-HOCHLEITNER, J., “La Inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero en la Convención de 2004 y en la Ley Orgánica 16/2015 sobre inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015...*, op. cit., pp. 79-116, pp. 79-82. Como advierte este último autor, la citada LO 16/2015 se aparta en este tema de lo dispuesto en la Convención de 2004. Según esta normativa convencional, una vez dictada la resolución judicial, además por supuesto de las medidas de ejecución consentidas por el Estado extranjero, también se admiten medidas de ejecución contra bienes que cumplan tres condiciones: a) se utilicen por el Estado “para fines distintos de los fines oficiales no comerciales”; b) se encuentren en el territorio del Estado del foro; c) y “tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso” (art. 19 c)). La LO 16/2015 mantiene las dos primeras condiciones, pero modifica el tenor literal y el contenido sustantivo de la tercera, de modo que permite la ejecución contra bienes del Estado que “tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio” (art. 17.2). Debe destacarse, por una parte, la notable diferencia que puede darse en la práctica a la hora de valorar si el “nexo” se establece con una “entidad” de un Estado (Convención de 2004), o si basta que exista un “nexo” con el Estado extranjero como tal (LO 16/2015), segundo supuesto que desde luego no resulta tan restrictivo para los intereses de los particulares que están litigando contra un Estado extranjero. Lo mismo se puede decir con relación a la última frase con la que se cierra el citado art. 17.2, que permite ejecutar los bienes del Estado extranjero, “aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio”, previsión esta última que no está contemplada en la Convención de 2004, si bien tampoco parece que la contravenga. Cabe añadir a este respecto, la Declaración –más bien reserva a todos los efectos– manifestada por Noruega al ratificar la Convención de 2004, según la cual se pretenden equiparar las condiciones para aplicar medidas coercitivas previas al fallo, con las medidas posteriores al fallo, difuminándose por tanto la distinción que se propone entre ambos tipos de medidas en los arts. 18 y 19 de la Convención de 2004 (hasta ahora ningún Estado ha “objettato” esta Declaración); lo que constituye un exponente bastante claro de la fragilidad del consenso que se alcanzó en 2004, que entre otros motivos a su vez explica que este tratado internacional todavía no haya entrado en vigor, dada la lentitud con que se desarrolla su proceso de ratificaciones: véase a este

a las dificultades que presenta determinar, interpretar y aplicar las normas que regulan la inmunidad de ejecución del Estado. Ya sea por la heterogeneidad y fragmentación que presenta la práctica internacional sobre este tema, ya sea, como se insistirá en el epígrafe V, por la falta de preparación en DI de algunos de los jueces que lo forman, el balance que en este apartado se deriva del estudio de la jurisprudencia del TEDH no es nada satisfactorio desde un punto de vista técnico-jurídico.

En efecto, en la Sentencia del TS de Grecia de 4 de mayo de 2000⁹⁵, se niega la inmunidad de jurisdicción a Alemania, y se condena a este Estado a pagar una indemnización de unos 30 millones de dólares, por hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, *en el territorio de Grecia*, constitutivos de crímenes de guerra⁹⁶. Pero el Gobierno Griego se niega a ejecutar esta Sentencia, de conformidad con la prerrogativa prevista en el art. 923 de la Ley de Procedimiento Civil, en la que se condiciona la ejecución forzada de los bienes de un Estado extranjero a la previa autorización del Ministro de Justicia; normativa que en este caso es considerada conforme con la CEDH por el TS⁹⁷. Por ello, los demandantes acuden al TEDH; en esta demanda se plantea si la inmunidad de ejecución que las autoridades helenas reconocen a Alemania vulnera el art. 6.1 de la CEDH; los demandantes no ponen en discusión si Alemania tiene o no derecho a la inmunidad de jurisdicción, puesto que los tribunales

respecto la información que se ofrece en la ya citada página web de NU, https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-13&chapter=3&clang=en.

⁹⁵ En el asunto *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*: el resumen y comentario de esta Sentencia, se pueden consultar en “International Decisions”, *AJIL*, vol. 95, 2001, 198 y ss. Con anterioridad, mediante su Sentencia de 30 de octubre de 1997, la Corte de Primera Instancia de Leivadia, en el asunto *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, había negado la inmunidad de jurisdicción a favor de Alemania, por lo hechos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial en Distomo, localidad de la región griega de Voiotia, al considerar que se trataba de violaciones de normas de *ius cogens*, lo que hacía inoponible la inmunidad de jurisdicción: véase resumen y comentarios de esta Sentencia en “International Decisions”, *AJIL*, vol. 92, 1998, 765-768.

⁹⁶ Más en concreto, el 10 de junio de 1944 el ejército alemán masacró a más de 200 personas, entre ellas mujeres y niños, en Distomo, una localidad griega. Para el TS, la excepción por daños cometidos en el territorio del Estado del foro, se aplica con independencia de que se trate de actos de *iure imperii* o de *iure gestionis*; en su opinión, los crímenes contra la humanidad cometidos por el ejército alemán constituyen una violación de una norma de *ius cogens*, de la que se deriva una renuncia tácita a invocar la inmunidad de jurisdicción por el Estado autor de tales actos. El Tribunal griego basa su fallo en el DI consuetudinario determinado, fundamentalmente, a partir del art. 11 de la Convención Europea de 1972, el art. 12 del Proyecto de 1991, la Resolución del IDI de 1991, y la práctica interna de Estados Unidos. Sentencia objeto de comentario por parte de GAVOUNELI, M., y BANTEKAS, I., “International Decisions”, *AJIL*, vol. 95, 2001, 198-204, p. 204, para quienes “the adoption of this controversial waiver argument in *Voitia* can be attributed only to an acute case of judicial activism”.

⁹⁷ Según la Sentencia del TS de Grecia, de 28 de junio de 2002 (36/2002 y 37/2002), “the refusal of the Minister of Justice to consent to enforcement proceedings against a foreign State is not contrary to the aforementioned rules of the ECHR and the ICCPR if such enforcement proceedings are directed against the property of a foreign State serving ‘jure imperii’ purposes or if these proceedings may endanger the international relations of the country with foreign States”. Un resumen en inglés de esta Sentencia se puede consultar en la documentación sobre la práctica legislativa y, sobre todo, judicial, de los Estados europeos, recopilada por el “Committee of Legal Advisers on Public International Law” del Consejo de Europa en el marco del “Pilot Project of the Council of Europe on State Practice Regarding State Immunities”: CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., p. 213. Documentos que se pueden consultar en la siguiente dirección de internet: <http://www.coe.int/cahdi>.

griegos ya la han rechazado con toda claridad. Pero en su Decisión de Admisibilidad de 12 de diciembre de 2002 en *Kalogeropoulou et al. V. Greece and Germany*⁹⁸, el TEDH se limita a concluir que los demandantes no tienen derecho a la ejecución de una Sentencia contra un Estado Extranjero que disfruta de inmunidad de jurisdicción [*sic*] en aplicación del DI general.

El TEDH aplica muy brevemente el iter argumental desarrollado en sus tres Sentencias de 2001 ya citadas --*Al-Adsani*, *McElhinney* y *Fogarty*--: son admisibles las restricciones al art. 6.1, si tienen como objetivo un fin legítimo y si existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. En este caso se cumplen estos requisitos: la limitación que establece Grecia al Derecho a la justicia tiene como objetivo el respeto del DI y estas restricciones no son desproporcionadas, puesto que reflejan las normas del DI sobre la inmunidad de jurisdicción generalmente reconocidas por todos los Estados. No obstante, el TEDH subsume la cuestión de la inmunidad de ejecución en la de la inmunidad de jurisdicción; de hecho basa su pronunciamiento únicamente en el precedente que a su juicio constituye *Al-Adsani v. United Kingdom*, en el que como se ha comprobado no se plantea la inmunidad de ejecución. Tanto es así, que el TEDH prescinde de toda referencia al DI en vigor que regula la inmunidad de ejecución; obvia en particular la mención del Proyecto de Artículos de 1991, y sostiene que dado que los Estados disfrutaban, según el DI en vigor, de inmunidad de jurisdicción ante demandas civiles por crímenes contra la humanidad, no se le puede exigir al Gobierno griego que vulnere el DI en vigor y acepte la ejecución de la sentencia contra bienes del Estado alemán; y otra vez añade que sin perjuicio de futuros desarrollos del DI consuetudinario⁹⁹. Por todo ello,

“Dès lors, le refus du ministre de la Justice d’accorder aux requérants l’autorisation de procéder à la saisie de certains biens allemands situés en Grèce ne saurait passer pour une restriction injustifiée au droit d’accès des requérants à un tribunal, d’autant qu’il a été examiné par les juridictions internes et confirmé par un arrêt de la Cour de cassation grecque”.

Por tanto, el TEDH se muestra elusivo en esta Decisión de Inadmisibilidad y opta por basarse fundamentalmente en el precedente que constituye *Al-Adsani*, a pesar de que en *Kalogeropoulou* los tribunales griegos han negado la inmunidad de jurisdicción a Alemania; como es obvio, lo que está en juego en este asunto es la inmunidad de ejecución, tema sobre el que el tribunal de Estrasburgo evita pronunciarse.

El TEDH también se muestra muy reacio a la hora de enfrentarse con la tarea de determinar y valorar las normas del DI consuetudinario que regulan la inmunidad de

⁹⁸ App. 59021/00. En la doctrina, véase BARTSCH, K. y ELBERLING, B., “Jus Cogens vs. State Immunity, Round Two: The Decision of the European Court of Human Rights in the *Kalogeropoulou et al. V. Greece and Germany* Decision”, *German Law Journal*, vol. 4, 2003, pp. 477-491.

⁹⁹ “Il ne saurait donc être demandé au gouvernement grec d’outrepasser contre son gré la règle de l’immunité des Etats. Cela est au moins vrai dans la situation du droit international public actuelle, telle que la Cour l’a constaté dans l’affaire *Al-Adsani* précitée, ce qui n’exclut pas un développement du droit international coutumier dans le futur”.

ejecución, en *Sedelmayer v. Germany*, Decisión de Admisibilidad de 10 de noviembre de 2009¹⁰⁰, en la que se plantea si la negativa de las autoridades judiciales alemanas a ejecutar sobre bienes de la Federación Rusa en territorio de Alemania¹⁰¹ la indemnización prevista en un Laudo Arbitral en materia de inversiones dictado por la Cámara de Estocolmo, vulnera los art. 6, 13 y 14 del CEDH y el Protocolo n. 1. Después de citar como siempre el art. 31.3c) del CVDT y su jurisprudencia anterior, mantiene que las decisiones de los tribunales alemanes son conformes con el DI consuetudinario en vigor, pero sin citar ninguna tratado ni texto normativo que sustente tal afirmación [*sic*]; y que además los tribunales alemanes han admitido que el laudo arbitral se puede ejecutar contra otros bienes de la Federación Rusa¹⁰². Por tanto, el TEDH declara inadmisibile la demanda por unanimidad sin concretar el contenido del DI en vigor que a su juicio los tribunales alemanes han aplicado correctamente, a los que el TEDH desde luego atribuye una amplísima discrecionalidad en la valoración del DI consuetudinario en este sector de normas¹⁰³.

En definitiva, aunque se trate de dos Decisiones sobre Admisibilidad, el TEDH se muestra muy parco en su análisis del DI consuetudinario en vigor que regula la inmunidad de ejecución. Más bien, el Tribunal de Estrasburgo parece que opta por no

¹⁰⁰ App. 30190/06 y 30216/06.

¹⁰¹ En concreto sobre las *cantidades que en concepto de devolución de IVA* debe el Estado Alemán a la Embajada rusa en Berlín por los productos y servicios adquiridos por la representación diplomática rusa; así como sobre *las tasas aéreas* que la compañía alemana Lufthansa debe pagar a las autoridades rusas por operar en su espacio aéreo y en sus aeropuertos.

¹⁰² Cabe señalar a este respecto que en otras decisiones de los tribunales alemanes relativas a la ejecución del mencionado laudo arbitral, se ha rechazado la inmunidad de ejecución en favor de la Federación rusa; en concreto, en la Sentencia de 16 de enero de 2008 de la Corte Regional de Hagen, al considerar que los bienes objeto del embargo en favor de la Federación Rusa, sobre los que a su vez pretende ejecutarse el citado laudo arbitral, no pertenecen a “sovereign activities” de este Estado; y en la Sentencia de 6 de noviembre de 2008 del Tribunal Supremo Alemán, en la que acepta la ejecución del laudo arbitral contra los bienes de una compañía estatal rusa en Alemania, no utilizados para su “sovereign administration”: el resumen en inglés de estas dos Sentencias se puede consultar en la base de datos de jurisprudencia, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*: <http://opil.ouplaw.com/home/ORIL>.

¹⁰³ “The Court has previously held that international legal instruments governing State immunity set forth the general principle that, subject to certain strictly delimited exceptions, foreign States enjoy immunity from execution in the territory of the forum State. The protection thus afforded to foreign States is increased with regard to property belonging to their diplomatic and consular missions in the forum State (see *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia* (dec.), no. 60861/00, § 73, ECHR 2005-VI). A State cannot be required to override against its will the rule of State immunity, which is designed to ensure the optimum functioning of diplomatic missions (*ne impediatur legatio*) and, more generally, to promote comity and good relations between sovereign States (see *Manoilescu and Dobrescu*, cited above, §§ 81 and 92, and *Treska*, cited above)... As to the applicant’s contention that the German courts had failed to correctly establish the facts and had incorrectly interpreted the relevant treaty provisions, the Court reiterates that it is not its task to establish whether the Russian Federation’s claims in fact served sovereign functions or whether the Russian Federation had in fact waived its immunity. Those questions are primarily for the domestic courts to decide. The German courts found that the claims had served sovereign purposes and that the Russian Federation had not waived its immunity from enforcement. The Court considers that the applicant has failed to demonstrate, and there is nothing to suggest, that the assets in question have not been used by the Russian Federation in accordance with its sovereign power, or that that State had consented to any measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, which would justify lifting its immunity from enforcement”.

tener que determinarlo ni mucho menos interpretarlo, como en particular se hace más evidente en el último de los casos comentados, en *Sedelmayer v. Germany*, en el que la solución que asume el TEDH resulta bastante discutible, al menos por lo que se refiere a la imposibilidad de ejecución sobre las cantidades retenidas en concepto de IVA¹⁰⁴. Lo que contrasta con la jurisprudencia que se comentado en el epígrafe II referida a la excepción a la inmunidad de jurisdicción en el ámbito de los contratos de trabajo, en la que el TEDH se apoya fundamentalmente y de forma bastante detallada en las disposiciones del Proyecto de 1991 y de la Convención de 2004 para resolver los casos que se le plantean. No se puede decir, por tanto, que en los casos objeto de este subepígrafe el Tribunal de Estrasburgo haya desempeñado su función judicial con la diligencia que se debe esperar del más alto tribunal europeo en materia de derechos humanos, ni mucho menos.

1. El TEDH se “atreve” a aplicar las normas sobre inmunidad de ejecución

El TEDH se preocupa algo más del análisis del DI en vigor que regula la inmunidad de ejecución del Estado extranjero, en *Manoilescu and Dobrescu v. Romania and Russia*, Decisión de Admisibilidad de 3 de marzo de 2005¹⁰⁵; en el que se discute la ejecución de una sentencia de los tribunales rumanos con la que el demandante pretende recuperar un inmueble que le fue expropiado a su familia al finalizar la Segunda Guerra Mundial y que posteriormente fue transferido por las autoridades rumanas a la Unión Soviética, Estado que hace uso de esa propiedad dentro de los inmuebles que forman parte de su embajada en Bucarest. El TEDH cita el Convenio sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (arts. 1 y 22; ratificada por Rumanía), la Convención de Basilea (arts. 9 y 23), la Convención de 2004 (arts. 5, 6, 13 y 19 –de nuevo se olvida de citar el art. 21--); así como las Resoluciones del IDI sobre este tema de 1954 y 1991, y la normativa interna de Rumanía. Pero no aclara si la Convención de 2004, todavía no en vigor, es o no de aplicación a Rumanía como DI consuetudinario.

¹⁰⁴ Cabe traer a colación a este respecto, que mediante Sentencia de la Sala 6ª de 22 de junio de 2009 el TS español negó la inmunidad de ejecución en un litigio en el que el demandante había solicitado el embargo de las cantidades que en concepto de IVA el Ministerio de Hacienda debía devolver a la Embajada de Estados Unidos; con anterioridad, en el Auto del TC 112/2002, de 1 de julio, también se niega la inmunidad de ejecución con relación a las cantidades que en concepto de IVA debían ser devueltas a la Embajada de Estados Unidos. En sus respectivos Informe y Dictamen al Anteproyecto de Ley Orgánica sobre privilegios e inmunidades, tanto el Consejo General del Poder Judicial, como el Consejo de Estado, se han manifestado partidarios de excluir la inmunidad de ejecución respecto de las cantidades que deben ser devueltas en concepto de impuestos a las embajadas y consulados de Estados extranjeros que provengan en su conjunto tanto de actividades *iure imperi* como de actividades *iure gestionis*: véase en la doctrina española más reciente sobre este tema, LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Práctica jurisprudencial española en materia de inmunidades internacionales”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *La Ley Orgánica 16/2015...*, op. cit., pp. 117-142, pp. 129-130. Aunque se podría discutir si tales cantidades están destinadas o no al cumplimiento de los fines para los que se ha creado la misión diplomática (art. 21.1.a] de la Convención de 2004 y su homólogo art. 20.1.a] de la LO 16/2005): véase Díez-Hochleitner, J., “La Inmunidad de ejecución...”, loc. cit., pp. 98 y 105-106 con relación a la dificultad que supone la carga de la prueba del destino de los bienes objeto de ejecución.

¹⁰⁵ App. 60861/00. Por tanto, el TEDH tarda 5 años en dictar su Decisión de Admisibilidad.

En efecto, el Tribunal de Estrasburgo se limita a desarrollar su doctrina “clásica” sin más explicaciones sobre el valor normativo de los textos que cita: el art. 6.1 de la CEDH no regula un derecho “absoluto”, sino que caben restricciones a su aplicación, dentro del margen de apreciación nacional del que disfrutaban los Estados, siempre que se persiga un fin legítimo, y se cumpla una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que pretende ser alcanzado¹⁰⁶. Y de nuevo el TEDH recurre al art. 31.3.c) de la CVDI¹⁰⁷.

Una vez dicho todo esto, el TEDH advierte que el inmueble en cuestión forma parte de los “locales de la misión” diplomática, en este caso de la Federación Rusa en Rumanía, contemplados en el art. 1 de la Convención de 1961. Y después de apoyarse en esta última Convención, las Resoluciones del IDI, la Convención de Basilea y *el art. 19 de la Convención de 2004* (sin que explique cuál es el valor normativo de esta disposición), mantiene que en este caso no cabe aplicar ninguna excepción a la inmunidad de ejecución ya que la propiedad ha sido usada por la Federación Rusa con fines de *iure imperii* y sin que este Estado haya dado su consentimiento para su ejecución¹⁰⁸. Por lo que concluye, después de insistir en que las restricciones a la aplicación del art. 6.1 de la CEDH que adoptan los Estados partes basadas en normas del DI que regulan la inmunidad de jurisdicción no pueden considerarse como una restricción desproporcionada del derecho de acceso a los tribunales, que no aprecia ninguna tendencia --“trend”-- en el DI en el sentido de que se establezcan excepciones a la regla de la inmunidad de ejecución de que disfrutaban las representaciones diplomáticas o consulares del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro. Por lo que en este caso las decisiones de los tribunales rumanos de reconocer la inmunidad de ejecución en favor de la Federación Rusa no vulneran el art. 6.1. Y sin que ello “preclude a development in customary international law or treaty law in the future”¹⁰⁹ [sic].

Cabe valorar que esta última afirmación no deja de ser más que una fórmula de estilo con la que da cierre a su argumentación, porque desde luego no parece que la práctica de los Estados se oriente en la dirección de aceptar tales excepciones por lo que se refiere a la posibilidad de adoptar medidas de ejecución contra los inmuebles que forman parte de la misión diplomática o de la representación consular del Estado extranjero; el TEDH se la hubiera podido ahorrar, como se insistirá en el epígrafe V de este trabajo. De hecho, en otros asuntos muy similares decididos poco tiempo después, el Tribunal de Estrasburgo, con buen criterio, ha omitido esta cláusula sobre los referidos posibles y futuros desarrollos del DI. En concreto, en *Treska Nikolaus and J.*

¹⁰⁶ Párr. 68, en el que cita *Waite and Kennedy v. Germany*.

¹⁰⁷ Párr. 70.

¹⁰⁸ Párr. 76: “None of the evidence before the Court suggests that the property in question has not been used by the foreign State, namely the Russian Federation, in accordance with its sovereign power (*jure imperii*), or that that State has expressly consented to any measures of constraint, such as attachment, arrest or execution, circumstances which would justify lifting its immunity from execution (see paragraphs 38 and 39 above)”.

¹⁰⁹ Párr. 81.

v. *Albani and Italy*¹¹⁰ y en *Kirovi v. Bulgaria and Turkey*¹¹¹, en los que el TEDH inadmite sendas demandas relativas a la vulneración del art. 6.1 del CEDH por haber reconocido los tribunales albaneses y búlgaros, respectivamente, la inmunidad de ejecución en favor de Italia y Turquía ante demandas de ejecución sobre bienes de estos Estados destinados a sus representaciones diplomáticas y consulares. De hecho, en el segundo de los casos citados el TEDH manifiesta que no aprecia ninguna tendencia en el DI en el sentido de que se establezcan excepciones a la regla de la inmunidad de ejecución de que disfrutaban las representaciones diplomáticas o consulares del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro. En ambos casos el TEDH cita en el apartado de “relevant international and domestic law”, además de las disposiciones de los Convenios de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas y de 1963 sobre Relaciones Consulares; a la Convención de 2004, en concreto los arts. 5, 6, 13 y 19 (se olvida del art. 21, en el que se incluyen, entre los bienes sobre los que no se pueden aplicar medidas ejecución, los destinados al desempeño de las funciones diplomáticas o consulares), a pesar de que ninguno de los citados Estados la había habían ratificado o firmado en la fecha en la que se adoptan estas Decisiones de Inadmisibilidad. Pero el TEDH obvia todo comentario sobre esta última normativa en el desarrollo de su argumentación y más en concreto no aclara si sus disposiciones son en todo o en parte declarativas del DI consuetudinario en vigor.

En *Hirschhorn v. Romania*, Sentencia de 26 de julio de 2007¹¹², el TEDH se va a mostrar algo más proclive –pero no demasiado– a la hora de entrar en el análisis de las normas sobre inmunidad de ejecución. Es el único caso en el que el Tribunal de Estrasburgo ha condenado a un Estado parte por no ejecutar una sentencia de sus tribunales contra bienes que estaban en posesión de un Estado extranjero, si bien en circunstancias muy particulares. En efecto, en este caso el TEDH decide por unanimidad que Rumanía vulnera el art. 6.1 del CEDH al no ejecutar una Sentencia relativa a un inmueble propiedad del Gobierno rumano pero en posesión de Estados Unidos destinado a la “Peace Corps”¹¹³. Para resolver esta demanda, TEDH se apoya en

¹¹⁰ Decisión de Admisibilidad de 29 de junio de 2006 (App. 26937/04). En este caso se plantea si el reconocimiento de la inmunidad de ejecución por parte de los tribunales de Albania ante una demanda de ejecución sobre la residencia del Embajador de Italia en Tirana, vulnera o no el art. 6.1 del CEDH. El TEDH se apoya en su jurisprudencia anterior (*Ad-Adsani, Fogarty, McElhinney, Manoilescu and Dobrescu y Kalogeropoulou and Others*) para llegar simplemente a la conclusión, sin más explicaciones, de que “Regard being had to the rules of international law set out above, the Albanian Government cannot therefore be required to override against their will the rule of State immunity, which is designed to ensure the optimum functioning of diplomatic missions (*ne impediatur legatio*) and, more generally, to promote comity and good relations between sovereign States”.

¹¹¹ Decisión de admisibilidad de 2 de octubre de 2006 (App. 58694/00). En este caso se plantea si la no ejecución de una sentencia de los tribunales búlgaros con la que se restituía la propiedad y la posesión de un inmueble expropiado por el Gobierno búlgaro en 1948 y después vendido a Turquía para que lo destinara a su Consulado General en Burgas –Bulgaria–, vulnera el art. 6.1 de la CEDH y el art. 1 de su Protocolo n. 1.

¹¹² App. 29294/02.

¹¹³ Los hechos son los siguientes: en 1952 el Gobierno rumano nacionalizó un inmueble que pertenecía al demandante situado en Bucarest, en la actualidad en posesión de la “United States Peace Corps” gracias al arrendamiento concedido por la compañía estatal rumana “Locato”; arrendamiento que estaba previsto que concluyera en 2002. Muy en resumen, los tribunales rumanos reconocieron la propiedad del inmueble

la siguiente normativa: la Convención sobre Relaciones Diplomáticas (arts. 1, 3 y 22), la Convención de Basilea (arts. 9 y 22; no ratificada ni firmada por Rumanía), y la Convención de 2004 (arts. 2, 5, 6, 13 y 19; ratificada por Rumanía en 2007, pero todavía no en vigor); así como en el art. IV del Acuerdo celebrado entre el Gobierno de Estados Unidos y el Gobierno de Rumanía relativo al programa de la “United States Peace Corps” en Rumanía, firmado en Washington el 24 de enero de 1992, en el que se afirma que los miembros de la “Peace Corps” tienen el mismo estatuto que el personal de la Embajada de Estados Unidos en Rumanía, “except that they will not have diplomatic status and immunity”.

Pero después de citar toda esta normativa, el TEDH se muestra muy escueto en su argumentación. Advierte que la Sentencia que las autoridades rumanas se niegan a cumplir está referida a la propiedad del inmueble, propiedad que corresponde al Estado de Rumanía y no a la “United States Peace Corps”, que está en posesión del inmueble por arrendamiento. Por tanto, el TEDH considera que no es necesario que entre a valorar si la “United States Peace Corps” disfruta de inmunidad de jurisdicción; cuestión esta que se podría en su caso suscitar una vez el demandante recobrara la propiedad del inmueble y además planteara recobrar su posesión. Dado que las autoridades rumanas se han negado a cumplir la Sentencia de sus tribunales que concede la propiedad al demandante, han vulnerado el art. 6.1 de la CEDH¹¹⁴. Con la misma argumentación, teniendo en cuenta que las autoridades rumanas se negaron a transferir la propiedad del inmueble al demandante, tanto durante el período en el que estuvo vigente el arrendamiento, como después de su conclusión en 2002, y teniendo en cuenta también que no se le transfirieron al demandante los importes percibidos por dicho arrendamiento, Rumanía ha vulnerado el art. 1 del Protocolo n. 1 que da protección al Derecho a la propiedad, sin que el “principio” de la inmunidad del Estado extranjero pueda servir de justificación de dicho incumplimiento¹¹⁵.

Debe ser destacado que en la Opinión Concurrente del juez CAFLISCH, compartida por la juez ZIEMELE, se ofrece un breve resumen de la normativa sobre inmunidad de ejecución que el TEDH debería haber aplicado en este caso. Se considera que de

en favor del demandante, pero las autoridades rumanas se negaron a ejecutar la sentencia de sus tribunales alegando que el inmueble estaba en posesión de Estados Unidos y por tanto disfrutaba de inmunidad diplomática.

¹¹⁴ Párr. 52 a 63: en el párrafo 62 concluye del siguiente modo: “These considerations are sufficient for the Court to conclude that in refusing to comply with the final judgment ordering the return of the building to the applicant, the domestic authorities deprived him of effective access to a court”. También concluye que han vulnerado el art. 6.1 por la falta de independencia e imparcialidad de la Corte de Apelación de Bucarest: párr. 64-84.

¹¹⁵ Párr. 93-100: párr. 98: “On this basis and in view of the specific circumstances of the case, the Court considers that the principle of immunity of State bodies is not sufficient in itself to justify the failure by the Romanian authorities to transfer ownership of the building to the applicant (see, by converse implication, *Manoilescu and Dobrescu*, cited above)”. Por todo ello, el TEDH condena a Rumanía a devolver el inmueble en un plazo de tres meses, y en caso de no hacerlo a pagar una indemnización de 1900000 euros; además, en todo caso, debe pagarle al demandante 200000 euros por el daño material sufrido, y 10000 euros por el daño moral. Sin embargo, el TEDH rechaza la condena en costas, porque “the applicant has not itemised his claims or provided documentary evidence of the amount claimed for costs and expenses” [sic]: párr. 128.

conformidad con el citado acuerdo de 1992 entre Estados Unidos y Rumanía, la “Peace Corps” no disfruta de los privilegios e inmunidades diplomáticas, ya que carece de estatuto diplomático en Rumanía, lo cual se puede confirmar también teniendo en cuenta las funciones que desempeña consistentes en ofrecer formación en los ámbitos de la educación, protección del medio ambiente..., que se pueden diferenciar claramente de las que corresponden a una misión diplomática según el art. 3 de la Convención de 1961. Ahora bien, la “Peace Corps” es una “instrumentality” del Gobierno de Estados Unidos; por tanto, es el Gobierno de Estados Unidos el que está en posesión del inmueble cuya propiedad reclama el demandante. En este sentido, Estados Unidos puede exigir la aplicación de las normas del DI consuetudinario que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. No tiene derecho a exigir la inmunidad de jurisdicción, porque este supuesto se excluye con bastante claridad en el art. 13 de la Convención de 2004, en el que se regula una excepción a la inmunidad de jurisdicción en caso de litigios relativos a la “propiedad, posesión y uso de bienes”. Pero sí puede alegar la inmunidad de ejecución, de conformidad con el art. 19 de la Convención de 2004, ya que no se cumplen las condiciones previstas en los apartados a), b) y c) de esta disposición¹¹⁶. Según el juez CAFLISCH, si Estados Unidos no renuncia a su inmunidad de ejecución, en ese caso Rumanía deberá indemnizar al demandante, como así se prevé en la Sentencia. Por tanto, el jurista suizo comparte el resultado que se ofrece con esta Sentencia, pero después de un análisis algo más esmerado del DI consuetudinario en vigor en un ámbito, el de la inmunidad de ejecución, que como ya se ha insistido presenta una buena dosis de complejidad, dada la muy variada casuística que se puede presentar en la práctica ante los tribunales del Estado del foro.

Como se pone de manifiesto en *Wallishauser v. Austria (No. 2)*, Sentencia de 20 de junio de 2013¹¹⁷, en el que la demandante alega que la obligación que le impone la normativa interna austriaca de abonar la entera totalidad de la seguridad social que le corresponde como empleada en el marco del contrato laboral con la Embajada de Estados Unidos en Viena, dado el carácter “extraterritorial” del empleador, en este caso un Estado extranjero, que a su vez no ha abonado a la empleada la cantidad que debe ingresar esta última en dicho concepto; dicha obligación vulnera el art. 1 del Protocolo 1, y los arts. 14 y 6 del CEDH.

Por primera vez, en el apartado de la Sentencia relativa al “Relevant Domestic and International Law”, el TEDH ofrece un resumen del proceso codificador que ha culminado con la adopción de la Convención de 2004, citando los arts. 18, 19, 20 y 21 de este convenio, así como sus homólogos del Proyecto de 1991 (arts. 18 y 19) y los comentarios de la CDI sobre estos últimos. *Se debe destacar la contundencia con la que el TEDH afirma la naturaleza declarativa de las disposiciones de la Convención de*

¹¹⁶ Párr. 11 de la Opinión Concurrente: “This provision appears to be more appropriate to the situation envisaged here, which relates to a dispute resolved by a judgment whose execution is being sought. In such situations, according to Article 19, no measure of execution may be taken against the foreign State unless one of the conditions set forth in subparagraphs (a) to (c) is met; this is clearly not the case. Romania cannot therefore take any measure of constraint against the United States as the *de facto* tenant”.

¹¹⁷ App. 14497/06. Por tanto, el TEDH resuelve 7 años después de ser presentada la demanda.

2004, como expresión del DI consuetudinario en vigor¹¹⁸. Se trata de una conclusión a la que el Tribunal de Estrasburgo sólo debería llegar tras un previo estudio de la práctica internacional que la demuestre, que desde luego no ofrece para resolver este caso, como se insistirá con carácter más general en el epígrafe V.

A este respecto, el TEDH destaca que la Convención de 2004 no ha entrado en vigor, aunque Austria la ratificó en 2006, pero no Estados Unidos. Pero el *Tribunal de Estrasburgo reitera su tesis según la cual las disposiciones de este Convenio vinculan a todos los Estados partes que no han protagonizado el papel de objetor persistente en el desarrollo de este proceso codificador*¹¹⁹. Aunque al mismo tiempo reconoce que de conformidad con las disposiciones de la Convención de 2004 (arts. 18 a 21), “the possibilities to enforce a judgment against a foreign State are narrowly limited”¹²⁰.

Lo que a juicio del TEDH justifica la proporcionalidad de la normativa austriaca, según la cual la seguridad social debe ser pagada por el empleado en el caso de que el empleador tenga un “extraterritorial status”¹²¹. Además, el TEDH añade que la demandante era consciente del riesgo que asumía al celebrar un contrato de trabajo con un Estado soberano, “in view of the limited possibilities to enforce a claim against a foreign State”¹²², y añade que la carga de pagar la seguridad social (42600 euros) no era desproporcionada con relación al salario percibido durante el mismo período (269000 euros). Es decir, el Tribunal de Estrasburgo se apoya en las limitaciones que a su juicio presenta el DI consuetudinario que regula la inmunidad de ejecución para considerar como ajustada al CEDH una normativa interna por la que se impone la carga de pagar la seguridad social al empleado [sic]; por lo que el TEDH, por unanimidad, desestima la demanda en su totalidad. Desde luego, el Tribunal Estrasburgo lleva a cabo una interpretación de las disposiciones del CEDH que tiene muy en cuenta el resto de normas internacionales que también vinculan a los Estados partes, para así poder concretar el margen de apreciación que les corresponde. Aunque sea a través de una argumentación un tanto endeble, como se aprecia en este caso, en el que se apoya en las disposiciones de la Convención de 2004, pero *a sensu contrario*, para aceptar la

¹¹⁸ “State immunity from jurisdiction is governed by customary international law, the codification of which is enshrined in the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property of 2 December 2004 (“the 2004 Convention”): párr. 39. Y párrs. 39-44 con relación al proceso codificador.

¹¹⁹ Párr. 71. “Nevertheless, the Court has already held that it is a well-established principle of international law that a rule enshrined in a treaty could be binding on a State as a rule of customary international law even if the State in question has not ratified the treaty, provided that it has not opposed it either”.

¹²⁰ Párr. 71.

¹²¹ “Consequently, even if it were established that the content of Articles 18 to 21 of the 2004 Convention were applicable as rules of customary international law at the material time, that would not support the applicant’s position. In short, the fact that a State cannot rely on jurisdictional immunity for certain categories of employment contracts does not mean that a judgment against a foreign State can be enforced in the same way as against an ordinary employer. The rationale underlying section 53(3)(a) of the General Social Security Act, namely that obligations under social security law cannot be enforced against an employer enjoying extraterritorial status, or at least not in the same way as against an ordinary employer, is therefore still valid”: párr. 72.

¹²² Parr. 77.

conformidad con la CEDH de la normativa austriaca; desde luego, tratar de justificar esta normativa interna sobre seguridad social gracias a las normas de DI que regulan la inmunidad de ejecución resulta bastante discutible.

V. A MODO DE VALORACIÓN: SOBRE LA NATURALEZA Y FUNCIONES DEL TEDH COMO TRIBUNAL INTERNACIONAL

1. El TEDH como tribunal de naturaleza internacional

Como misión principal al TEDH le corresponde el control jurisdiccional de la aplicación del CEDH por los 47 Estados del Consejo de Europa que son partes en este tratado internacional¹²³. Se trata, por tanto, de un tribunal regional especializado en la protección de los derechos humanos regulados en la CEDH y sus Protocolos. Como se acaba de comprobar, no obstante, en el desarrollo de su labor jurisdiccional, con cierta frecuencia el TEDH no tiene más remedio que aplicar normas de DI consuetudinario, a pesar de que de entrada este órgano jurisdiccional “does not have a jurisdiction to establish the existence of a rule of customary law in the field of State immunity as such”¹²⁴; entre otros sectores normativos del DI.

El frecuente recurso por parte del TEDH al art. 31.3.c) de la CVDT, supone que este órgano jurisdiccional reconoce bien a las claras que el sistema de protección de los derechos humanos establecido por el CEDH no constituye un “self-contained regime”¹²⁵. El Tribunal de Estrasburgo se esfuerza, como ya se ha insistido, por interpretar y aplicar los derechos recogidos en la CEDH en el sentido de que su jurisprudencia permita a los Estados el cumplimiento de todas sus obligaciones internacionales; en la expresión que repite como un mantra en casi todas sus Sentencias y Decisiones de Admisibilidad, la CEDH no se puede interpretar “in a vacuum”. Como se ha comprobado en los anteriores epígrafes, por regla general en su jurisprudencia el TEDH se muestra permeable a la recepción del DI, convencional y consuetudinario. El

¹²³ Así se establece en el art. 19 del CEDH: “Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Alta Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos...”.

¹²⁴ Como señala la juez del TEDH ZIEMELE, I., “Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights—The Method”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 12, 2013, pp. 243-252, p. 249; véase también O’KEEFE, R., “State Immunity and Human Rights: Heads and Walls, Hearts and Minds”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2011, pp. 999-1045, p. 1016.

¹²⁵ Véanse FOROWICZ, M., *The Reception...*, op. cit., pp. 14-21 y 43-58; KLOTH, M., *Immunities...*, op. cit., pp. 34-41; RIETIKER, D., “The Principle of ‘Effectiveness’ in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Its Different Dimensions and Its Consistency with Public International Law –No Need for the Concept of Treaty *Sui Generis*”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 79, 2010, pp. 245-277, pp. 247-252. Aunque para RACHOVITSA, A., “Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case of the European Court of Human Rights”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, pp. 863-885, p. 882, “the duty to interpret a treaty by taking customary international law and general principles of law into account forms part of the common sense of the international judge, without necessarily requiring the application of Article 31(3)(c) of the VCLT”.

Tribunal de Estrasburgo aplica lo que se ha denominado como “principio de armonización”, reconocido por el propio órgano jurisdiccional del siguiente modo:

“When creating new international obligations, States are assumed not to derogate from their previous obligations. Where a number of apparently contradictory instruments are simultaneously applicable, international case-law and academic opinion endeavour to construe them in such a way as to coordinate their effects and avoid any opposition between them. Two diverging commitments must therefore be harmonised as far as possible so that they produce effects that are fully in accordance with existing law”¹²⁶.

Por esta vía, el TEDH justifica la interpretación de una disposición del CEDH –en este caso el art. 6.1– buscando un resultado que sea coherente con otras normas del DI que también vinculan a los Estados partes en el CEDH –en este caso las que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución–. Con lo que trata de asegurar que el desarrollo del sistema de protección de los derechos humanos establecido por el CEDH se lleva a cabo de forma lo más armoniosa y coherente que sea posible con el resto de normas del Ordenamiento internacional, del que no deja de ser un subsistema normativo de ámbito regional.

El TEDH asume así una competencia mucho más amplia que la prevista inicialmente en el CEDH, delimitada al control de la aplicación de los derechos humanos reconocidos en este convenio por sus 47 Estados partes. El Tribunal de Estrasburgo actúa como tribunal regional especializado en DH, pero que también se ocupa de la interpretación y aplicación de un buen número de relevantes sectores normativos del DI¹²⁷ (Derecho de los tratados, Carta de las NU¹²⁸, Responsabilidad internacional del Estado¹²⁹...), entre

¹²⁶ *Nada v. Switzerland* (App. 10593/08), Sentencia de la Gran Sala de 12 de septiembre de 2012, párr. 170. Como también señala el TEDH en *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. The Netherlands*, párr. 139 in fine. En la doctrina, véanse FOROWICZ, M., *The Reception...*, op. cit., pp. 355-357; WILDHABER, L.; HJARTARSON, A., y DONNELLY, S., “No consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, vol. 33, 2013, 248-263, pp. 254-255.

¹²⁷ Como insistieron en su momento dos jueces del TEDH y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CAFLISCH, L., y CANÇADO TRINDADE, A.A., “Les Conventions Americaine et Europeenne des Droits de l’Homme et le Droit international général”, *RGDI*, t. 108, 2004, pp. 5-61, pp. 32-59 y pp. 48-50 en concreto en referencia a la aplicación de las normas sobre inmunidad de jurisdicción; con posterioridad, CAFLISCH, L., “L’application du droit international général par la Cour européenne des droits de l’homme”, en *International Law between Universalism and Fragmentation. Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, 2008, pp. 627-647, pp. 630-630, para quien la jurisprudencia del TEDH “... montrant par là que *les règles sur la protection internationale des droits de l’homme forment une partie intégrale du droit international public*”: p. 647.

¹²⁸ No hace mucho el TEDH ha valorado la compatibilidad con el CEDH de las obligaciones internacionales que impone la Carta de las NU, en *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* (App. 5809/08), Sentencia de la Gran Sala de 21 de junio de 2016, con la que condena a Suiza por vulnerar el art. 6.1 de la CEDH al no permitir que una empresa y un particular incluidos en la lista de destinatarios de sanciones económicas decididas por el Consejo de Seguridad, puedan acceder a los tribunales suizos para que estos revisen judicialmente la aplicación de tales sanciones. Jurisprudencia esta con la que el TEDH, apartándose de su línea argumental en el citado *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands* –párr. 154–, afirma que a los tribunales internos les corresponde el control jurisdiccional de que la aplicación de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad en el marco del Capítulo VII de la Carta se lleva a cabo dentro del respeto de la CEDH, en concreto por lo que se refiere a

ellos el DI que se ocupa de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, objeto de este trabajo. Como se ha señalado, “the case-law on State immunity and Article 6 (1) is a vivid example of the increasingly important relationship between the Convention and General international law”¹³⁰.

Por tanto, este órgano jurisdiccional no tiene más remedio que demostrar una enorme versatilidad a la hora de interpretar y aplicar sectores muy variopintos del Ordenamiento internacional contemporáneo, haciendo uso de lo que se ha denominado un “open paradigm” en su labor jurisdiccional, que le permita la “recepción” de las normas internacionales en el “subsistema normativo” establecido por la CEDH y sus Protocolos¹³¹. Este último no deja de ser un subsistema regional de DI, del que se debe predicar su compatibilidad y coherencia en relación con las normas de *ius cogens*, la Carta de NU¹³² y el DI general. En esta dirección, como se ha dicho con relación al recurso a los tratados internacionales sobre derechos humanos con vocación universal

si su inclusión en tales listas puede considerarse o no como arbitraria. Desde luego, esta problemática merece un análisis más detenido que no puede ser abordado dentro de las limitaciones de espacio de este artículo: véanse en la doctrina, DE SANTIS DI NICOLA, F., “Civil actions for damages caused by war crimes vs. State immunity from jurisdiction and the political act doctrine: ECtHR, ICJ and Italian Courts”, *International Comparative Jurisprudence*, n. 2, 2016, pp. 107-121, pp. 117-119; TZEVELEKOS, V., “The Al-Dulimi Case before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Business as usual? Test of Equivalent Protection, (Constitutional) Hierarchy and Systemic Integration”, *Questions of International Law*, vol. 38, 2017, pp. 5-34.

¹²⁹ Por ejemplo, en *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)* (App. 25781/94), Sentencia de la Gran Sala de 12 de mayo de 2014, el TEDH aplica las normas sobre Responsabilidad internacional del Estado, para determinar la reparación a cargo de Turquía como consecuencia de las violaciones de los DH cometidas en el contexto de la ocupación militar del norte de Chipre en 1974, y sin perjuicio de que haga uso también de las disposiciones de la CEDH como *lex specialis*, sobre todo para decidir que el destinatario último de la reparación debida por Turquía es el individuo víctima de las violaciones de los DH, por lo que el Gobierno Chipre deberá distribuir los 90 millones de euros que reciba del Estado infractor entre las víctimas de las violaciones de los DH de las que este es responsable: véase QUESADA ALCALÁ, C., “Las víctimas encuentran su lugar ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una ‘satisfacción equitativa’ por la vulneración de sus derechos en las reclamaciones entre Estados (*Chipre contra Turquía*)”, *RDCE*, n. 49, 2014, pp. 889-915, pp. 910-914, quien, después del análisis de este caso y después de citar las sentencias en *Stichting Mothers of Srebrenica and Others v. the Netherlands*, y *Jones and others v. United Kingdom*, concluye que “esta dinámica en la actuación del TEDH refleja una tendencia, que favorece la uniformidad y coherencia en la aplicación del Derecho Internacional General por las distintas instancias judiciales”: p. 913.

¹³⁰ KLOTH, M., *Immunities...*, *op. cit.*, p. 32.

¹³¹ Véanse FOROWICZ, M., *The Reception...*, *op. cit.*, pp. 282-312 en relación con la aplicación de las normas sobre la inmunidad de jurisdicción y *passim* con relación a otros sectores normativos (Derecho de los tratados, Derecho Internacional Humanitario...); RACHOVITSA, A., “Fragmentation...”, *loc. cit.*, pp. 863-865; VANNESTE, F., *General International...*, *op. cit.*, pp. 485-551.

¹³² Como insiste en sentido crítico con la decisión adoptada por el TEDH, la juez Ziemele en su parcialmente Opinión Disidente en *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, párr. 15: “For the time being, the Convention is part of an international legal system, something that the Court has itself repeated. If the effect of this judgment is such that it provides a precedent for all domestic courts of the world to scrutinise the obligations imposed on States by the Security Council, that would be the beginning of the end for some elements of global governance emerging within the framework of the United Nations”.

para poder llevar a cabo una interpretación evolutiva de la CEDH –y de la Convención Americana de Derechos Humanos--,

“Al constituir tratados internacionales de carácter universal, abiertos a la participación de todos los Estados miembros de la sociedad internacional, los tribunales regionales de derechos humanos se han servido de ellos para desarrollar y acotar por referencia el contenido de los derechos y libertades, buscando en aquellos tratados las manifestaciones de un *consensus generalis* que les permitan justificar la utilización de una interpretación evolutiva”¹³³.

Esta misma reflexión se debe trasladar, *mutatis mutandis*, a la interpretación y aplicación que lleva a cabo el TEDH de las normas del DI consuetudinario sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro. El Tribunal de Estrasburgo se apoya en tales normas para concretar, en los casos que se le plantean, dónde empieza y dónde acaba el margen de apreciación que corresponde a los Estados partes en el cumplimiento de las disposiciones de la CEDH en sus ordenamientos internos. Como es obvio, en el caso de las normas de DI consuetudinario son los propios Estados parte en la CEDH los que han contribuido a su creación, participando en la formación del *consensus generalis* necesario para su existencia.

A la vista de la jurisprudencia estudiada en los anteriores epígrafes --que como se va a insistir en el siguiente subepígrafe pone de manifiesto que el TEDH hace gala de una concepción consensualista del ordenamiento internacional y de sus procesos de formación de normas--, no hay duda de que se debe predicar la naturaleza de tribunal “internacional” del órgano judicial que desarrolla su labor en Estrasburgo y se debe rechazar una visión preponderantemente “constitucionalista” de la función jurisdiccional que corresponde al TEDH. Como es obvio, se trata de un tribunal creado en el ámbito de una OI regional de carácter intergubernamental, el Consejo de Europa, y cumple las funciones jurisdiccionales que le encomiendan los tratados adoptados y ratificados por sus Estados miembros en el seno de esta OI¹³⁴.

Como se ha comprobado en los anteriores epígrafes y también se va a insistir en el siguiente subepígrafe, la jurisprudencia estudiada pone de manifiesto la permeabilidad

¹³³ PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos”, *REDI*, vol. LXVI, 2014, pp. 113-153, cita en p. 136 y pp. 134-139.

¹³⁴ Véase PASCUAL VIVES, F., “Consenso e interpretación evolutiva...”, *loc. cit.*, pp. 146-150, en referencia a los casos *Bayatyan c. Armenia*, (App. 23459/03), Sentencia del TEDH de 7 de julio de 2011, en el que se pone de manifiesto la naturaleza de tribunal internacional del Tribunal de Estrasburgo; y *Atala Riffo y Niñas v. Chile*, Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2012, ejemplo este último de la aplicación de una visión constitucionalista de la labor que corresponde desempeñar a un tribunal regional sobre DH. Y del mismo autor, PASCUAL VIVES, F.J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 217-262, pp. 251-258, en referencia, entre otros, al caso *Lutsi and Others v. Italy* (app. 30814/06), Sentencia de la Gran Sala de 18 de marzo de 2011; con la que el TEDH, a la vista de la falta de consenso, optó por incluir la decisión de mantener o suprimir los crucifijos de las escuelas públicas dentro del margen de apreciación nacional que corresponde a Italia, lo que “constituye un resultado ajustado a la naturaleza internacional del Tribunal de Estrasburgo”: p. 257.

que demuestra el TEDH a la hora de interpretar y aplicar normas del DI general, cuya existencia se debe al *consensus generalis* fraguado entre los Estados. Los casos *Al-Adsani* y *Jones*, constituyen dos ejemplos bastante claros en los que se pone de manifiesto la naturaleza “internacional” del TEDH, y en los que no han prevalecido las veleidades “constitucionalistas” dirigidas a colmar las lagunas o insuficiencias que para la efectiva protección de los derechos humanos pueda presentar el DI; labor que en ocasiones tratan de protagonizar los tribunales constitucionales con relación a la protección de los derechos humanos a nivel interno y respecto del catálogo de derechos reconocidos en la Constitución¹³⁵.

Por todo ello, se debe demandar que entre los jueces que forman este tribunal siempre se cuente con una ponderada representación de expertos en DI con un currículum vitae que lo acredite debidamente, que permita una composición equilibrada del mismo en la que se integren especialistas de las principales ramas jurídicas concernidas por la aplicación del CEDH (Derecho internacional público, Derecho constitucional, Derecho penal,...)¹³⁶. De lo contrario, puede ocurrir que, como se ha comprobado en el epígrafe IV, la jurisprudencia del TEDH en casos en los que estaba en juego la aplicación de las normas del DI consuetudinario que regulan la inmunidad de ejecución del Estado extranjero, no ofrezca un análisis atinado de las normas del DI en vigor.

2. La jurisprudencia del TEDH como “medio auxiliar para la determinación de las normas de di”: Consensualismo v. Objetivismo

Con carácter general, si el estudio del sector de normas del DI que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, constituye un excelente laboratorio de pruebas para conocer cómo se desarrollan las interacciones entre el DI y los derechos internos, muy en especial a través de la aplicación de las normas internacionales por los tribunales internos; quienes, a su vez, con su labor contribuyen a la formación del DI consuetudinario en vigor, en el marco de un ordenamiento jurídico descentralizado; esta misma consideración se puede trasladar, *mutatis mutandis*, a las interacciones entre el DI general y el subsistema convencional de DI particular establecido por la CEDH y a la labor que desarrolla el TEDH en la aplicación de las normas internacionales en este sector de normas. Como es obvio con una característica muy relevante: las decisiones del TEDH forman una jurisprudencia

¹³⁵ Véase para este párrafo, FOROWICZ, M., *The Reception...*, *op. cit.*, pp. 388-394.

¹³⁶ Como se prevé con carácter general en el apartado II.4 de las *Guidelines of the Committee of Ministers on the selection of candidates for the post of judge at the European Court of Human Rights*, **CM(2012)40-final**, de 29 March 2012 (Se pueden consultar en https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cb1ac): “Candidates need to have knowledge of the national legal system(s) and of public international law. Practical legal experience is also desirable”. Para la información relativa al procedimiento de elección de los jueces, resulta de utilidad la consulta del documento *Committee on the Election of Judges to the European Court of Human Rights. Procedure for electing judges to the European Court of Human Rights. Information document prepared by the Secretariat*, AS/Cdh/Inf(2017)01rev4, 27 April 2017 (<http://website-pace.net/documents/1653355/1653736/ProcedureElectionJudges-EN.pdf/e4472144-64bc-4926-928c-47ae9c1ea45e>).

que despliega sus efectos jurídicos en los 47 Estados partes en la CEDH¹³⁷, en este caso sobre la existencia y contenido de las normas del DI sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución, al menos en su relación con el Derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6.1.

Desde esta perspectiva, se puede sostener que la jurisprudencia del TEDH, en principio basada en una interpretación que permita la efectiva aplicación de las disposiciones de la CEDH¹³⁸, contribuye a erosionar o matizar, los caracteres de voluntarismo y relativismo que caracterizan al ordenamiento internacional y que condicionan decisivamente los procesos de formación y aplicación de normas que se desarrollan en el seno de este ordenamiento jurídico esencialmente descentralizado y débilmente institucionalizado. La jurisprudencia estudiada en el epígrafe II constituye un buen ejemplo a este respecto. Como se ha demostrado, el TEDH se apoya en la seguridad jurídica que a su juicio le ofrecen los respectivos artículos 11 del Proyecto de artículos de 1991 y de la Convención de 2004, al regular por escrito y de forma exhaustiva los supuestos en los que el Estado extranjero puede alegar la inmunidad de jurisdicción ante las demandas relativas a contratos de trabajo. En este supuesto se pone de manifiesto la importante ventaja que proporcionan los procesos codificadores para un órgano jurisdiccional, al facilitarle en gran medida la identificación del DI consuetudinario. Con la enorme carga de trabajo que recae sobre el TEDH, resulta muy comprensible que el Tribunal de Estrasburgo se haya dejado atraer por los cantos de sirena que provienen de la interacción normativa entre un tratado no en vigor, como es la Convención de 2004, y el DI consuetudinario, a los efectos de afirmar con toda rotundidad el carácter declarativo, entre otros, de su art. 11.

¹³⁷ Como se ha destacado, no obstante lo dispuesto en el art. 46.1 –en el que se prevé que los Estados partes “se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”–, de conformidad con el principio de la *res interpretata* que subyace en los arts. 1, 19 y 32 del CEDH, en la práctica las Sentencias del TEDH despliegan un efecto *erga omnes*, por lo que, “the contracting States have a legal obligation under international law to take the Court’s case law into account when performing their treaty obligations under the Convention, irrespective of whether they were parties to the relevant cases”: ARNARDÓTTIR, O.M., “Res Interpretata, Erga Omnes Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights”, *EJIL*, vol. 28, 2017, 819-843, p. 827; GERARDS, J., “The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of ‘Shared Responsibility’”, en GERARDS, J., y FLEUREN, J. (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case-law. A comparative analysis*, Cambridge, 2014, pp. 13-93, pp. 21-23.

¹³⁸ Véanse CHRISTOFFERSEN, J., “Impact...”, *loc. cit.*, pp. 42-43, según este autor, el principio de efectividad aunque no está reconocido en la CVDT como criterio interpretativo, “... it is an ordinary canon of treaty interpretation applied in the interpretation and application of all kinds of treaties... I accordingly fail to see that the ‘special nature’ claim can be based on the principle of effectiveness”. Según RIETIKER, D., “The Principle...”, *loc. cit.*, pp. 256-257, aunque se trata de un principio, también conocido como principio del *efecto útil*, que se aplica a toda norma de DI, como así lo ha reconocido la CIJ y la Corte Interamericana, “..., it is without doubt in the framework of the ECHR that the principle of ‘effectiveness’ has taken its most prominent place, and it is certain that it has become a fundamental cornerstone for the protection of Convention rights and freedoms. Here, it means that the ECHR is supposed to be interpreted in a manner that seeks to ensure that the Convention rights and freedoms are applied in ways that are of ‘practical and effective’ use to complaints”.

En efecto, como se ha comprobado en los anteriores epígrafes, en ocasiones el TEDH recurre a las disposiciones de la Convención de 2004 —y también a las de su predecesor, el Proyecto de 1991—, y defiende su carácter declarativo de las normas de DI consuetudinario en vigor sin detenerse a demostrar que tales normas se han visto confirmadas en la práctica relacional o institucional posterior; en las más de las veces sin ofrecer el debido estudio de la práctica internacional para justificar esta interacción normativa. Ahora bien, como se ha dicho:

“Los textos de los tratados no pueden servir por sí solos como prueba concluyente de la existencia o contenido de las normas del Derecho internacional consuetudinario: cualquiera que sea el papel que corresponda al tratado en relación con el Derecho internacional consuetudinario..., para que se establezca la existencia en dicho Derecho de una norma enunciada en un texto escrito, la norma debe sustentarse en ejemplos de la práctica externa, junto con su aceptación como derecho”¹³⁹.

No obstante esta crítica general, el desarrollo del proceso codificador durante 27 años y el hecho de que la Convención de 2004 haya sido adoptada por consenso por los Estados miembros representados en la AG, incluidos los 47 Estados partes en la CEDH, permite al TEDH hacer uso de las disposiciones de este convenio con los mismos efectos jurídicos que tendría si se tratara de un tratado internacional en vigor y ratificado por esos 47 Estados y también por terceros Estados¹⁴⁰. Muy posiblemente, a la hora de sostener esta tesis el Tribunal de Estrasburgo aplica criterios de economía sustantiva y procesal. Desde luego, el estudio de la práctica internacional referida al menos a los 47 Estados miembros del Consejo de Europa y también al resto de Estados miembros de Naciones Unidas (un total de 193), en un sector de normas en el que como ya se ha insistido no se aprecia, ni mucho menos, la existencia de una práctica general, constante y uniforme y duradera con relación a algunas de las principales cuestiones que son objeto de regulación; podría resultar una carga difícilmente asumible para un órgano jurisdiccional que está tratando de superar enormes dificultades para poder resolver las miles de demandas que se le presentan todos los años; más en concreto, durante la última década está tardando una media de entre cinco y ocho años en dictar sus Sentencias e incluso también sus Decisiones de Admisibilidad, como se ha podido detallar en los anteriores epígrafes¹⁴¹.

¹³⁹ WOOD, M., *Tercer informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/682, de 27 de marzo de 2015, p. 21.

¹⁴⁰ Por lo que se refiere a las disposiciones de naturaleza “sustantiva” de este tratado internacional. En el supuesto de otras disposiciones, como por ejemplo el art. 27 en el que se prevé el procedimiento de solución de controversias que puedan surgir entre los Estados partes relativas a la interpretación y aplicación de los preceptos de este convenio, como es obvio no cabe esperar que desplieguen efectos jurídicos mientras la Convención de 2004 no entre formalmente en vigor, una vez reunidas las ratificaciones necesarias para ello; y una vez que esto último ocurra, como también es evidente tales disposiciones sólo se aplicarán a los Estados partes en este tratado internacional.

¹⁴¹ Como es obvio, se trata de un retraso en la administración de justicia del todo desproporcionado y que muy posiblemente constituye una vulneración de la obligación de cumplir un “plazo razonable” previsto en el propio art. 6.1.; precepto este cuyo control jurisdiccional, paradójicamente, corresponde al propio TEDH, sin que exista otra instancia judicial que pueda fiscalizar su labor.

Aunque el TEDH con buen criterio y como era de esperar, en su jurisprudencia insiste en que se apoya en las normas internacionales consuetudinarias libremente consentidas por los Estados, o al menos en las normas frente a las cuales los Estados partes en el CEDH no han protagonizado un papel de “objeto persistente”. El TEDH ha contado con la ayuda que proporcionan los procesos codificadores dirigidos a recoger por escrito normas consuetudinarias –que en este caso ha dado lugar a la adopción de la Convención de 2004–, por lo que se ha atrevido mantener que la prueba del ejercicio de este papel impugnador de la vigencia de una norma de DI consuetudinario recae en el propio Estado parte en la CEDH, quien debe demostrar la no oponibilidad de tal norma. Hasta ahora no se ha dado ningún caso en el que un Estado haya probado ante el TEDH su postura de “objeto persistente” con relación a las disposiciones de la Convención de 2004 declarativas del DI consuetudinario, como se ha comprobado en el epígrafe II. Se confirma así, por tanto, que aunque la jurisprudencia y la doctrina acepten y reconozcan esta figura, en la práctica de los tribunales internacionales en muy pocas ocasiones un Estado ha podido demostrar su condición de “objeto persistente”; lo que pone de manifiesto la excepcionalidad y la poca virtualidad de este concepto¹⁴².

Mucho más compleja y difícil se presenta la labor del TEDH cuando debe aplicar e interpretar normas de DI consuetudinario sin contar con el respaldo que por escrito ofrecen las propuestas normativas producto del proceso codificador y los tratados internacionales adoptados pero todavía no en vigor, como se ha comprobado en el apartado III.2. El TEDH no tiene más remedio que acudir al estudio de los medios de prueba de la práctica internacional para poder determinar el DI consuetudinario en vigor. En este supuesto, la jurisprudencia del TEDH se muestra más deferente con la soberanía de los Estados, y es más proclive a aceptar que las restricciones a la efectiva aplicación del art. 6.1 se sitúan dentro del margen de apreciación de que disfrutaban los Estados partes en la CEDH. Cuando el TEDH no ha podido apoyarse en las disposiciones de la Convención de 2004, como ocurre en el caso de temas no regulados por este tratado –la posible excepción a la inmunidad por daños y lesiones no cometidos en el territorio del Estado del foro–, sí que se ha preocupado bastante más del estudio de la práctica internacional, sobre todo de los Estados europeos partes en la CEDH, con el objetivo de poder determinar el DI que les vincula. Por ejemplo, como se ha puesto de manifiesto en *Jones*, en el que, como ya se ha comentado supra en el epígrafe III.2, el Tribunal de Estrasburgo, además de ofrecer un repaso de la práctica institucional, legislativa y judicial más importante, incluso trae a colación un cuestionario enviado por el Estado demandado a todos los Estados partes en la CEDH para que informen en concreto sobre su práctica diplomática y legislativa y judicial interna, a los efectos de poder determinar el DI en vigor¹⁴³.

En este orden de cosas, conviene advertir que el TEDH con su jurisprudencia “solidifica” el DI consuetudinario que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero. Al confirmar su vigencia y llevar a cabo su aplicación

¹⁴² Véase WOOD, M., *Tercer informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/682, de 27 de marzo de 2015, pp. 66-75.

¹⁴³ O por mencionar otro ejemplo, también se aprecia un notable esfuerzo en el estudio de la práctica internacional en *Nait-Liman c. Suisse*, citado supra.

en los casos que se le plantean, el Tribunal de Estrasburgo ofrece una “imagen congelada” del mismo. Con su jurisprudencia el TEDH establece un freno más para que se lleven a cabo cambios normativos en este sector de normas, y contribuye a que tales procesos se enfrenten a la “rigidez” de las normas declaradas en vigor por el Tribunal de Estrasburgo¹⁴⁴. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe III.1, *McElhinney* es un ejemplo bastante claro, de jurisprudencia que “fossiliza” las normas vigentes en el DI consuetudinario que regula la inmunidad de jurisdicción, al aceptar que el Estado extranjero pueda seguir alegando su inmunidad de jurisdicción ante demandas por daños cometidos por sus órganos en el territorio del Estado del foro, si se trata de actos de *jure imperii*, incluso al margen de situaciones de conflicto armado; y no obstante la propuesta de desarrollo progresivo aprobada por la CDI en 1991 y posteriormente asumida por la Convención de 2004.

Sin perjuicio de que, en algunas ocasiones, con el objetivo de curar su mala conciencia por el resultado alcanzado, el Tribunal de Estrasburgo finalice su argumentación dejando abiertas las puertas para una futura evolución del ordenamiento internacional, como se ha comprobado en *Kalageropoulou* y en *Jones*, entre otros. Pero el TEDH se podría ahorrar esta “cláusula de cierre” con fines seguramente “terapéuticos”, ya que no corresponde a un Tribunal la función de hacer propuestas de *lege ferenda*, más o menos implícitas. Son los Estados los que con su práctica deben contribuir a la formación de un *consensus generalis* que dé lugar a cambios normativos en el ordenamiento internacional. Como se ha dicho, “the court should however refrain from acting as a moderniser of public international law by demanding Contracting States to grant access to court under Article 6 (1) of the Convention where international practice currently requires of opposite”¹⁴⁵.

En todo caso, el recurso al DI en vigor para establecer si las restricciones al art. 6.1 aplicadas por los Estados partes son o no conformes con la CEDH, permite al TEDH concretar el “margen de apreciación” que corresponde a los Estados partes en la aplicación de este convenio en sus respectivos ordenamientos internos, de conformidad con el principio de subsidiariedad¹⁴⁶. En esta dirección, aunque formalmente el TEDH insiste en su jurisprudencia en el “margen de apreciación” que corresponde a los Estados partes y por ende a sus tribunales internos, a la hora de aplicar las disposiciones del CEDH, con esta jurisprudencia obviamente está delimitando el “margen de apreciación” del que disfrutaban los Estados partes, en el sentido de que al aplicar el CEDH también deben respetar todas las obligaciones jurídicas internacionales a cuyo cumplimiento se han comprometido. De modo que el “margen de apreciación” del que pueden hacer uso los tribunales internos se traslada a la interpretación y aplicación de las normas internacionales que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del

¹⁴⁴ Véase WHYTOCK, C., “Foreign State Immunity and the Right to Court Access”, *Boston University Law Review*, vol. 93, 2013, pp. 2033-2093, pp. 2089-2092.

¹⁴⁵ KLOTH, M., *Immunities...*, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴⁶ Véase sobre este concepto jurídico indeterminado, CHRISTOFFERSEN, J., “Impact...”, *loc. cit.*, pp. 54-60; LEGG, A., *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, 2012, pp. 103 y ss.; PASCUAL VIVES, F.J., “El margen de apreciación nacional...”, *loc. cit.*, pp. 220-226 y 232-237.

Estado extranjero ante los tribunales del Estado del foro, que será a su vez objeto de control jurisdiccional por parte del TEDH. Última instancia judicial a la que le compete decidir si dentro del “margen de apreciación” que corresponde a cada Estado parte, los tribunales internos han interpretado y aplicado correctamente las normas internacionales en este sector de normas.

En este sentido, el TEDH basa su jurisprudencia en las obligaciones internacionales libremente asumidas —o al menos, conviene insistir en ello, no objetadas— por los Estados partes en el sector de normas dedicado a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero. Según lo dispuesto en estas normas, el TEDH o bien se muestra deferente con la soberanía de los Estados partes cuando las restricciones que establecen al art. 6.1 son conformes con las mismas; o bien considera que se ha producido una vulneración de este precepto cuando los Estados partes no cumplen tales normas. Por esta vía, el Tribunal de Estrasburgo se encarga de concretar en cada caso el contenido de una noción jurídica indeterminada como es el “margen de apreciación nacional”, en supuestos en los que necesariamente se debe alcanzar un equilibrio entre, por una parte, el cumplimiento de las normas del DI que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado, y, por otra, la efectiva aplicación del art. 6.1 del CEDH.

En una perspectiva más general, se aprecia que la jurisprudencia mantenida por el Tribunal de Estrasburgo con la que trata de conjugar las normas de DI general sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución, con las obligaciones previstas en el CEDH, se basa en una concepción consensualista del Ordenamiento internacional y de sus procesos de formación de normas, en la doctrina explicada desde las nociones de *consensus gentium* y *consensus generalis*, respectivamente. Según la cual y muy en resumen, tanto la fundamentación de la obligatoriedad de este ordenamiento jurídico, como los procesos de formación de sus normas, descansan en el acuerdo general que se forme entre sus sujetos principales, los Estados; ya sea sobre la propia existencia y obligatoriedad del DI, ya sea sobre la vigencia de una determinada norma jurídica, convencional o consuetudinaria¹⁴⁷.

Como ya se ha insistido, el TEDH no defiende una concepción voluntarista extrema a la hora de determinar las normas de DI en vigor que vinculan a los Estados partes en la CEDH; más en concreto, no es necesario que los demandantes aporten la prueba de que el Estado parte ha consentido en quedar vinculado por las disposiciones de la Convención de 2004 a pesar de que este convenio todavía no está en vigor. Por el contrario, como se ha comprobado (epígrafes II y IV), en buena parte de su jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo se apoya en el proceso codificador, finalmente culminado con la adopción, por consenso, de la Convención de 2004, para afirmar la naturaleza consuetudinaria de sus disposiciones, producto del acuerdo general fraguado

¹⁴⁷ Véase en la doctrina española, para una aproximación de síntesis sobre este tema, JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, 2011, pp. 51-53; con anterioridad, del mismo autor, “El concepto de Derecho Internacional Público (II)”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 10ª ed., Madrid, 1994, pp. 89-113, pp. 91-99.

a lo largo de todo el proceso codificador, a salvo la posibilidad, hasta ahora no demostrada, de que un Estado pruebe su posición de objetor persistente respecto de este proceso codificador en su conjunto o al menos con relación a alguna de las disposiciones de este convenio todavía no en vigor. El TEDH otorga un extraordinario valor al propio proceso de negociación y a la adopción por consenso de la Convención de 2004, como medios de prueba de la práctica internacional que le permite determinar el DI consuetudinario en vigor en este sector de normas. Con su jurisprudencia, el Tribunal de Estrasburgo reconoce de forma explícita que aunque pueda resultar paradójico en bastantes ocasiones el proceso codificador dirigido a la creación de normas convencionales, despliega sus principales consecuencias jurídicas en el terreno de las normas consuetudinarias. Para el TEDH la adopción por consenso de la Convención de 2004 supone en buena medida un reconocimiento colectivo de las normas consuetudinarias en vigor por parte de los 193 Estados presentes en la AG de NU¹⁴⁸.

Reconocimiento colectivo con el que el TEDH da por aceptada la existencia de los dos elementos que tradicionalmente han conformado la costumbre internacional, la práctica estatal o elemento material, y el elemento espiritual u *opinio juris*; concebido el primero en un sentido muy amplio y valorado de manera muy flexible, siempre con el objetivo de poder concretar que se forme un acuerdo general o *consensus generalis* sobre la vigencia de una determinada norma de DI consuetudinario. Por lo que se refiere al segundo, el Tribunal de Estrasburgo, al menos implícitamente, asocia estrechamente el elemento espiritual con el elemento material de la costumbre internacional, y considera que ambos se encuentran manifestados y probados gracias al desarrollo del proceso codificador que da como resultado la Convención de 2004¹⁴⁹.

De este modo, según el TEDH, de conformidad con el principio estructural de la buena fe que es de aplicación en el proceso de negociación y adopción de la convención de 2004, se puede presumir, *iuris tantum*, que este texto normativo adoptado por consenso, ha recibido la conformidad, el consentimiento, de los Estados que han participado en dicho proceso. Lo que permite rechazar una concepción voluntarista a ultranza del proceso de formación de normas propia del DI clásico, según la cual las normas del DI eran producto de la exclusiva voluntad de cada Estado, en la visión de este ordenamiento que fue defendida por la CPJI en los años veinte del pasado siglo¹⁵⁰.

Por tanto, con esta jurisprudencia el TEDH reconoce y acepta que el producto normativo resultante de este proceso codificador constituye la síntesis de una transacción de intereses, cuya versión final no expresa la voluntad de ningún Estado en concreto, sino la suma de los consentimientos que manifiesta el grupo de Estados que lo

¹⁴⁸ Véase FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional*, Barcelona, Atelier, 2006, pp. 215 y ss.

¹⁴⁹ Véase a este respecto, WOOD, M., *Segundo informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/672, de 22 de mayo de 2014, pp. 50 y ss.

¹⁵⁰ En su Sentencia de 7 de septiembre de 1927 en el caso *Lotus*, la CPJI afirma con toda rotundidad que las reglas de DI proceden de la voluntad de los Estados, manifestada en las convenciones internacionales o en los usos generalmente aceptados: CPJI, Série A, n. 10, p. 18.

ha llevado a buen puerto. Por esta vía, con su jurisprudencia el TEDH en alguna medida contribuye a la erosión de los principios de voluntarismo y relativismo que caracterizan a un Ordenamiento jurídico esencialmente descentralizado como es el Ordenamiento internacional, al menos en sus versiones más extremas de estos caracteres, según se manifestaban en el DI clásico, en el que el consentimiento de cada Estado protagonizaba un papel estelar en los procesos de formación de normas¹⁵¹.

Los corrige o matiza, sí, pero sin que ello suponga la derogación, ni mucho menos, de tales caracteres; el TEDH se limita a aplicar las normas del DI en vigor, siempre producto del acuerdo general que se alcance entre los Estados. Desde esta perspectiva, al mismo tiempo la jurisprudencia emanada del TEDH supone un rechazo, en sede jurisdiccional regional europea, de las denominadas tesis objetivistas, también muy en resumen basadas en la existencia de principios o normas jurídicos que pretendidamente se encuentran por encima y priman sobre la voluntad de los Estados o más bien sobre el acuerdo general entre los Estados; tesis que son defendidas tomando como apoyo fundamental la noción de normas de *ius cogens* recogida en el CVDI¹⁵². Los Sentencias dictadas en los casos *Al-Adsani* y *Jones* –también, entre otros, en el citado *Nait-Liman*– constituyen ejemplos a este respecto, en los que el TEDH ha proyectado con bastante claridad su concepción consensualista del ordenamiento internacional y de sus procesos de formación de normas; por el contrario, las opiniones disidentes formuladas en los casos citados son ejemplos bastante evidentes de la defensa de las tesis objetivistas en el seno del propio tribunal.

La concepción consensualista también subyace, en una visión de conjunto, en el resto de su jurisprudencia que se ha estudiado en los anteriores epígrafes, y sin perjuicio de la valoración más pormenorizada que merezca cada uno de los casos estudiados sobre la solución alcanzada por el TEDH. Porque como se ha dicho, con relación al argumento de que la existencia de normas de *ius cogens* debería tener como consecuencia una excepción a la inmunidad de jurisdicción, “the arguments of logic do not in fact seem to be insurmountable: it is really the will of States to develop the law, rather than principles of logic, which is *pro tem* the insurmountable hurdle”¹⁵³.

En definitiva, como se ha comprobado en los anteriores epígrafes dedicados al análisis de su jurisprudencia, el TEDH mantiene una concepción claramente consensualista del ordenamiento internacional y de sus procesos de formación de normas, que se basan en el consentimiento de los Estados, cristalizado en forma de acuerdo general o *consensus generalis*. Desde esta perspectiva se explica la insistencia del TEDH en que las

¹⁵¹ Véase sobre estos caracteres en la doctrina española, CARRILLO SALCEDO, J.A., “Droit international et souveraineté des États. Cours de droit international public”, *R. des C.*, t. 257 (1996), pp. 35-222, pp. 71 y ss.

¹⁵² Para una síntesis de las dos corrientes, véase CARRILLO SALCEDO, J.A., “El fundamento del DI: algunas reflexiones sobre un problema clásico”, *REDI*, vol. L, 1998, pp. 13-32. Véanse en la doctrina extranjera, sobre las diversas teorías sobre el DI, BOYLE, A., y CHINKIN, C., *The Making of International Law*, Oxford, 2007, pp. 10-19; KOLB, R., *Theory of International Law*, Oxford, 2016, pp. 71-98 y 103-123.

¹⁵³ HIGGINS, R., “Equality of States and Immunity from Suit: A Complex Relationship”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 43, 2012, pp. 129-149, p. 141.

limitaciones al derecho de acceso a los tribunales reconocido en el art. 6.1 son legítimas y proporcionadas si están dirigidas al respeto de las normas del DI en vigor, *generalmente aceptadas por los Estados*, relativas a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado y de sus bienes.

3. El TEDH como garante de la “unidad” del Derecho Internacional

Como se ha comentado en el epígrafe III.2, en *Jones and others v. The United Kingdom*, el TEDH mantiene que no es necesario un análisis detallado de los asuntos planteados en los tribunales internos, ya que la Sentencia de la CIJ en el *Caso de las inmunidades jurisdiccionales*, “which must be considered by this Court as authoritative as regards the content of customary international law”, claramente establece que “todavía” no ha “cristalizado” una excepción a la inmunidad de jurisdicción en el caso de vulneración de normas de *ius cogens*. O por citar otro ejemplo, en el epígrafe I se ha mencionado que en *Stichting Mothers of Srebrenica and Others*, el TEDH también se apoya en esta Sentencia de la CIJ¹⁵⁴. No obstante las críticas que se han vertido contra el TEDH por asumir, como si se tratara de una presunción *iuris et de iure*, que la jurisprudencia de la CIJ debe ser respetada y seguida en la resolución de los casos que se presenten ante el Tribunal de Estrasburgo¹⁵⁵.

A este respecto, se debe destacar la influencia que ejerce el TEDH, en concreto en el sector de normas del DI consuetudinario que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución, ya que su jurisprudencia puede ser seguida por los tribunales internos de los Estados miembros del Consejo de Europa y también de otros Estados, los cuales a su vez contribuyen con sus decisiones judiciales a la formación del DI consuetudinario de este sector de normas del Ordenamiento internacional¹⁵⁶. Y también son tenidas en cuenta por otros tribunales internacionales. En efecto, debe ser puesto de manifiesto el respeto y la influencia mutua que al menos en este sector de normas se profesan de forma recíproca el TEDH y la CIJ. Por ejemplo, en la citada Sentencia de febrero de 2012 la CIJ, como colofón de su argumentación, se apoya en dos decisiones del TEDH, en los asuntos *Al-Adsani v. United Kingdom*, y *Kalogeropoulou and others v. Greece*

¹⁵⁴ Véase supra nota a pie 6; en concreto en el párr. 164 de la Decisión de Admisibilidad de 11 de junio de 2013 en el mencionado caso, en el que el TEDH mantiene lo siguiente: “It does not follow, however, that in the absence of an alternative remedy the recognition of immunity is *ipso facto* constitutive of a violation of the right of access to a court. In respect of the sovereign immunity of foreign States, the ICJ has explicitly denied the existence of such a rule (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, § 101)”.

¹⁵⁵ Véase PISILLO MAZZESCHI, R., “Le immunità...”, *loc. cit.*, p. 379.

¹⁵⁶ Véanse FOROWICZ, M., *The Reception...*, *op. cit.*, pp. 308-312; O’KEEFE, R., “State Immunity and Human Rights...”, *loc. cit.*, p. 1019: “..., the customary international legal feedback loop set in train by the case law or the ECtHR is perpetuating...”. Por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH ha sido tenida en cuenta en la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá, *Kazemi (Succession) c République islamique d’Iran*, de 10 de octubre de 2014, en la que se reconoce la inmunidad de jurisdicción de Irán ante la demanda presentada ante los tribunales canadienses por las torturas y el asesinato en Irán de una nacional de Canadá de origen iraní a manos de la policía de este país asiático, en 2003: véase en la doctrina, LAROCQUE F. y BOSSÉ, C., “*Kazemi* ou l’inhumaine immunité de l’État tortionnaire en droit canadien”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 23, 2015, pp. 278-327, pp. 310 y ss.

and Germany, en los que la jurisdicción regional europea mantiene que el reconocimiento de la inmunidad de jurisdicción ante demandas civiles por violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario no es contrario al art. 6.1 del CEDH¹⁵⁷.

En este sentido, como ya se ha señalado, las decisiones del TEDH con las que se aplica el DI consuetudinario que regula la inmunidad de jurisdicción del Estado, constituyen una “instantánea” que expone las normas en vigor en la fecha en la que el Tribunal de Estrasburgo se pronuncia. Aunque el TEDH en algunas ocasiones deja las puertas abiertas para una futura evolución del DI que suponga la modificación de sus normas, en realidad lo que hace con su jurisprudencia es “congelar” el DI en vigor, de modo que contribuye a “paralizar” la de momento hipotética e incierta evolución normativa que paradójicamente el Tribunal de Estrasburgo se atreve a anunciar¹⁵⁸.

En este orden de cosas, el estudio de la jurisprudencia del TEDH que se ha ofrecido en los anteriores epígrafes pone de manifiesto que, en conjunto, la labor del Tribunal de Estrasburgo no ha puesto en entredicho la unidad del DI como sistema jurídico¹⁵⁹. Por el contrario, el TEDH se ha mostrado receptivo con las decisiones adoptadas en este sector normativo por otros tribunales internacionales, entre ellos la CIJ; sin que hasta la fecha se puedan apreciar divergencias de cierta importancia en la labor jurisprudencial de estas instancias judiciales internacionales¹⁶⁰.

Por tanto, la permeabilidad que ha demostrado el TEDH a la hora de interpretar y aplicar las normas del DI que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero, ha propiciado que su jurisprudencia desde luego no ponga en peligro la unidad del Ordenamiento internacional; cuestión esta que ha estado de moda entre algún sector de la doctrina iusinternacionalista, sobre todo dada la relativa proliferación de tribunales internacionales y la mayor actividad que han desarrollado en particular durante las dos últimas décadas, en el contexto de la progresiva y creciente sectorialización y regionalización que ha afectado al Ordenamiento internacional contemporáneo¹⁶¹. El frecuente recurso al art. 31.3.c) de la CVDT permite una

¹⁵⁷ Párr. 90 y 96. Antes, la CIJ había citado otros casos resueltos ante el TEDH; en concreto, *McElhinney v. Ireland* –párr. 72– y *Groz v. France* –párr. 73.

¹⁵⁸ Véase en la doctrina, WEBB, P., *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford, 2013, pp. 91-102.

¹⁵⁹ Según la CDI, “el derecho internacional es un sistema jurídico. Sus reglas y principios (es decir, sus normas) surten efectos en relación con otras normas y principios y deben interpretarse en el contexto de éstos. Como sistema jurídico, el Derecho internacional no es una compilación aleatoria de esas normas. Entre ellas existen útiles relaciones. Así, pueden existir normas de rango superior o inferior, su formulación puede tener mayor o menor generalidad o especificidad y su validez puede remontarse a períodos anteriores o posteriores”: KOSKENNIEMI, M., “Fragmentación...”, *loc. cit.*, pp. 448-449.

¹⁶⁰ Véase con carácter general, las valoraciones de FOROWICZ, M., *The Reception...*, *op. cit.*, pp. 379-382; VANNESTE, F., *General International Law Before Human Rights Courts*, Oxford, 2010, pp. 577-579 y 595.

¹⁶¹ Véase a este respecto, por todos, el conocido informe del Grupo de estudio de la CDI presidido por KOSKENNIEMI, M., “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional”, en *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre la labor realizada en su 58º período de sesiones*, A/61/10, pp. 441-465.

“integración sistémica” de la CEDH en el marco del vigente Ordenamiento internacional, como ha ido articulando el TEDH a través del desarrollo de una jurisprudencia muy dinámica en la que tiene muy en cuenta las normas del DI en vigor en buen número de sectores normativos, como se acaba de insistir en el subepígrafe V.1¹⁶². La jurisprudencia estudiada demuestra que se pueden –y se deben– desarrollar las necesarias sinergias e interacciones entre, por una parte, los subsistemas especializados de protección de los DH --en este caso el establecido por el CEDH--, y, por otra, las normas del DI general --en este caso las que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero--, sin que se haya puesto en riesgo la unidad del ordenamiento internacional¹⁶³.

Es más, el análisis de la jurisprudencia del TEDH permite apreciar que el DI general también se puede nutrir de las contribuciones que provienen de los subsistemas regionales de DI, como el que constituye la CEDH y sus Protocolos, cuyo control jurisdiccional corresponde al TEDH. Como se ha comprobado en los anteriores epígrafes, el Tribunal de Estrasburgo, aunque se trate de un tribunal especializado en DH, *es el tribunal internacional que en más ocasiones ha interpretado y aplicado las disposiciones de la Convención de 2004*; y hasta la fecha, con las Decisiones de Admisibilidad y las Sentencias que ha dictado, no ha puesto en entredicho la unidad del DI. Con su jurisprudencia ofrece la interpretación de buena parte de las disposiciones de este convenio; jurisprudencia que puede ser tenida muy cuenta no sólo por los tribunales internos de los 47 Estados partes en la CEDH, sino también por el resto de tribunales internos de otros Estados y asimismo por otros tribunales internacionales¹⁶⁴, entre ellos la CIJ, como también se ha comprobado.

En definitiva, el TEDH no ha tenido más remedio que “acomodar” las restricciones al derecho de acceso a los tribunales que provienen de las normas de DI general sobre la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero, en el marco jurídico establecido por la CEDH y sus Protocolos. Por mucho que el Tribunal de Estrasburgo insista en la importancia del principio de efectividad como criterio interpretativo de las disposiciones de la CEDH, se ha visto obligado también a interpretar el alcance y contenido del art. 6.1 de la Convención de Roma de conformidad con las normas de DI

¹⁶² Véase KOSKENNIEMI, M., “Fragmentación...”, *loc. cit.*, pp. 454-458. En la doctrina, véanse, ARATO, J., “Constitutional Transformation in the ECtHR: Strasbourg’s Expansive Recourse to External Rules of International Law”, *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 37, 2011-2012, 349-387, pp. 354-356; LINDERFALK, U., “Who are ‘the parties’? Article 31, paragraph 3(c) of the 1969 Vienna Convention and the ‘Principle of Systemic Integration’ Revisited”, *Netherlands International Law Review*, vol. LV, 2008, pp. 343-364; MCLACHLAN, C., “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 279-320; RIETIKER, D., “The Principle of ‘Effectiveness’...”, *loc. cit.*, pp. 271-275.

¹⁶³ Véase en esta misma dirección y con carácter general, las valoraciones de FOROWICZ, M., *The Reception...*, *op. cit.*, pp. 382-388; RACHOVITSA, A., “Fragmentation...”, *loc. cit.*, pp. 863-865, p. 883; y VANNESTE, F., *General International Law...*, *op. cit.*, p. 595.

¹⁶⁴ En concreto, por lo que se refiere a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta la fecha no se tiene noticia de ningún caso en el que haya estado en juego la aplicación de las normas sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero, con relación a la efectiva aplicación del art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se regulan las “garantías judiciales”.

general que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero. En opinión de un antiguo juez del TEDH,

“The relationship between immunity of States and human rights is an *important preoccupation* of the European Court of Human Rights in the area of public international law. Generally speaking, the Court navigates with circumspection in these uncharted waters, while *scrupulously respecting the general rules of public international law*”¹⁶⁵.

En conclusión, aunque esta última afirmación tan contundente deba ser matizada –al menos como ya se ha señalado en el epígrafe IV, con relación a las normas de DI que regulan la inmunidad de ejecución–, con carácter general al TEDH se le debe reconocer el relevante papel que desempeña en la interpretación y aplicación del DI consuetudinario, junto a otros tribunales internacionales. Llama la atención a este respecto que en los trabajos que se vienen desarrollando en el seno de la CDI sobre “la identificación del DI consuetudinario”, la jurisprudencia del TEDH apenas sea objeto de citas en los Informes presentados hasta la fecha por el Ponente nombrado para este tema¹⁶⁶. Esta omisión debería ser corregida. Al menos por lo que se refiere al estudio de la jurisprudencia que se ha llevado a cabo en este trabajo, ya que evidencia que el TEDH se preocupa de determinar, interpretar y aplicar las normas del DI general, sin que en esa labor se aprecie un enfoque que pueda ser criticado de “eurocéntrico”. Como se ha visto, las soluciones normativas que asume el Tribunal de Estrasburgo se basan o bien en las interacciones normativas que se desarrollan a partir de un tratado con clara vocación universal, la Convención de 2004, adoptado por consenso por la AG, en la que como es obvio están representados todos los Estados miembros de NU; o bien en el estudio de la práctica internacional, como se aprecia con bastante claridad por ejemplo en *Al-Adsani* y en *Jones*; y no parece que la solución que ofrece el TEDH en estos dos últimos casos en el sentido de reconocer la inmunidad de jurisdicción ante demandas civiles contra el Estado extranjero por violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio, no pueda ser reconocida como una norma de DI general que vincula a todos los Estados miembros de NU. Desde luego, la sombra del DI consuetudinario es muy alargada; así lo pone de manifiesto la jurisprudencia del TEDH que ha sido estudiada en este trabajo¹⁶⁷.

¹⁶⁵ CAFLISCH L., “International Law and the European Court of Human Rights”, in *Dialogue between Judges*, Council of Europe, Strasbourg, 2008, pp. 1-13, p. 10.

¹⁶⁶ En concreto, en WOOD, M., *Primer informe sobre formación y documentación del Derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/663, de 17 de mayo de 2013, la única referencia a la jurisprudencia del TEDH se encuentra en la p. 42, en la que se cita la Decisión sobre Admisibilidad de 6 de julio de 2010, en *Van Anraat v. The Netherlands* (app. 65389/09), con relación a la interacción normativa entre tratado y costumbre; y en WOOD, M., *Tercer informe sobre la identificación del Derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/682, de 27 de marzo de 2015, la única mención se halla en la p. 68, nota a pie 211, en la que se cita *El Leil v. France* en el apartado titulado “el objeto persistente”.

¹⁶⁷ Junto a esta jurisprudencia, basada fundamentalmente en las normas del DI general en vigor producto del *consensus generalis* sobre la existencia de tales normas; el Tribunal de Estrasburgo con cierta frecuencia se apoya en la noción de “consenso europeo”, con la que trata de establecer el alcance y contenido de los derechos reconocidos en el CEDH no sólo teniendo en cuenta las normas internacionales en vigor para los Estados partes en este convenio, sino también a través del estudio de la práctica judicial, legislativa y administrativa, y también diplomática y ante organismos internacionales, de los Estados europeos, lo que permite al órgano jurisdiccional decidir si se ha producido o no la vulneración del

CEDH. El recurso a la noción de “consenso europeo” permite al TEDH llevar a cabo una interpretación evolutiva y basada en el principio de efectividad de las disposiciones del CEDH, lo que en conjunto supone un desarrollo de estas con las que en algunas ocasiones llega a conformar un DI particular en materia de DH, cuyas soluciones normativas no siempre es posible exportarlas al ámbito universal; como se pone de manifiesto, por ejemplo, en el citado *Bayatyan c. Armenia*, en el que la Gran Sala llega a la conclusión de que Armenia ha vulnerado el art. 9 de la CEDH –Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión— al haber condenado penalmente con dos años y medio de prisión a un particular, miembro de los testigos de Jehová, que se había declarado objetor de conciencia al servicio militar por motivos religiosos. En esta dirección, RACHOVITSA, A., “Fragmentation...”, *loc. cit.*, pp. 868-870, distingue el criterio interpretativo autónomo que a su juicio supone que el TEDH tenga en cuenta las normas de DI general para interpretar las disposiciones del CEDH, del recurso a la noción de “consenso europeo” también muy frecuente en la jurisprudencia del TEDH. Por su parte, ZIEMELE, I., “Customary International Law in the Case Law of the European court of Human Rights”, en LIJNZAAD, L. (ed.), *The Judge...*, *op. cit.*, pp. 73-82, mantiene esta distinción y además advierte en p. 81 que “..., resort to the concept of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights might make an international lawyer think about regional customary law. However, one should be careful. Sometimes what the Court considers as European consensus might indeed coincide with a norm accepted by European States but sometimes, as in the *A, B and C* case, it only refers to likeminded practices which have not generated a specific binding rule”. Véase a este respecto, el estudio la práctica judicial del TEDH y de la Corte Interamericana que ofrecen PASCUAL VIVES, F.J., “El margen de apreciación...”, *loc. cit.*, pp. 247-259; y también del mismo autor, “Consenso e interpretación evolutiva...”, *loc. cit.*, pp. 129-134 y 139-142; y VANNESTE, F., *General International...*, *op. cit.*, pp. 263-312; y del TEDH que ofrecen GERARDS, J., “The European Court...”, *loc. cit.*, pp. 35-51; WILDHABER, L.; HJARTARSON, A., y DONNELLY, S., “No consensus on Consensus?...”, *loc. cit.*, pp. 256-262.